Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования
Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе
Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу `http://books.google.com`.

Digitized by Google

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

1914 г.

КНИГА VII—VIII.

Москва.

Digitized by Google

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ,

ОСНОВАННЫЙ

МОСКОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОБЩЕСТВОМЪ

И

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

С.С.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. Маркса и Ф. Энгельса
П И К

ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ

Б. А. Кистяковскаго.

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

Книга VII—VIII (III—IV).

МОСКВА, 1914.

Digitized by Google

Отъ Редакціи. Въ виду необходимости отозваться на нѣкоторые вопросы, внезапно и остро поставленные на очередь міровыми событіями послѣдняго времени, редакція «Юридическаго Вѣстника» не могла выпустить своевременно третью книгу журнала за текущій годъ. Въ настоящее время редакція выпускаетъ двойную книгу — третью и четвертую вмѣстѣ.

The UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY

Типографія Г. Лисснера и Д. Совко.
Москва, Воздвиженка, Крестовоздвиж. пер., № 9.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

І. А. Покровскій. Сила или право? 5
Б. П. Вышеславцевъ. Фихте и нѣмецкая нація 15
А. Н. Нерсесовъ. Нейтрализованныя государства 23
В. П. Голубевъ. Современное опредѣленіе территоріальнаго моря 35
П. И. Алексѣевъ. Отвѣтственность государства за чиновниковъ 49
П. И. Люблинскій. Понятіе наказанія 78
Т. М. Яблочковъ. Формы «спора» и «неоспариванія» въ гражданскомъ процессѣ 110
Н. Е. Шевелевичъ. Взысканія съ крестьянъ и крестьянскихъ обществъ по судебнымъ рѣшеніямъ 138
М. И. Бруни. Коллизіонныя нормы въ юриспруденціи XIV—XX вв. о состояніи лица 167
Д. М. Генкинъ. Относительная недѣйствительность сдѣлокъ. 215
А. В. Завадскій. По поводу юбилея сенатора В. Л. Исаченка. 251

Юридическое обозрѣніе.

Отъ Редакціи.—20-е ноября 1864 г. — 20-е ноября 1914 г.. 267
В. С. Малченко. Пятидесятилѣтіе судебной реформы 269
И. З. Штейнбергъ. О чемъ говорятъ цифры уголовной статистики . 275
С. Т. Гавриловъ. Похищеніе электрической энергіи 286
В. С. Малченко. Новый порядокъ публикаціи о наслѣдствахъ . . 297
В. П. Голубевъ. Право захвата воюющими коммерческихъ судовъ противника во время морской войны 306
Я. Г. Емельяновъ. Къ предстоящему государственно-правовому устройству Польши 311

Литературное обозрѣніе.

А. Горбуновъ. Основы гражданской свободы въ Англіи. *Я. Г. Емельянова.* 327
Проф. Л. А. Шалландъ. Иммунитетъ народныхъ представителей. *В. В. Погосскаго* 329
Проф. Н. Розинъ. Уголовное судопроизводство. *С. Т. Гаврилова* 332

Digitized by Google

Стран.

П. И. Люблинскій. Памяти трехъ русскихъ криминалистовъ— И. Я. Фойницкій, Д. А. Дриль, Н. Д. Сергѣевскій. *И. З. Штейнберга* 335

Л. С. Таль. Трудовой договоръ. *В. М. Догадова* 337

В. А. Рязановскій. О посмертномъ преемствѣ супруговъ по русскому праву. *Н. Г. Вавина* 342

Проф. В. Ф. Левитскій. Исторія политической экономіи въ связи съ исторіей хозяйственнаго быта. *В. Ѳ. Тотоміанца* 348

Приложенія.

I. Протоколы засѣданій Казанскаго Юридическаго Общества 351

II. Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ 367

Digitized by Google

Сила или право?

Свершается то, чему умъ человѣческій отказывался вѣрить. Міръ сотрясается отъ грохота небывалой войны, подѣлившей чуть не всѣ народы на два враждебныхъ лагеря; ожесточеніемъ и ненавистью наполнена вся духовная атмосфера, и кажется, что только грубая физическая сила бѣшено носится по міру, творя безумное дѣло всеобщаго разрушенія. Забыто все то, что еще такъ недавно и, казалось, такъ прочно соединяло культурные народы Европы; забыты исканія правды, забыта наука, заброшено искусство, и прахомъ разлетѣлось то внѣ-національное единство, которое такъ тщательно и бережно вырабатывалось на почвѣ этихъ исканій. Исчезло понятіе «человѣчества»; отъ него остались только судорожно истребляющіе другъ друга, сочащіеся кровью, разорванные клочки.

Сатана можетъ быть доволенъ, и его злорадный хохотъ носится уже надъ землею. Гдѣ ваше общечеловѣческое стремленіе къ правдѣ, слышится въ этомъ хохотѣ, гдѣ ваши мечты о царствѣ Божіемъ? Посмотрите: уже самые культурные народы изъ васъ плюютъ другъ на друга и истекаютъ взаимной ненавистью! Гдѣ ваше знаніе? Оно на службѣ у великаго искусства человѣкоистребленія: посмотрите, какъ великолѣпно организовало оно человѣческія бойни на землѣ, подъ землей и надъ землей, на водѣ и подъ водой! Вотъ ваша подлинная человѣческая природа: достаточно одного небольшого толчка, и «образъ Божій» слетаетъ съ васъ, обнаруживая вашу истинную неподкрашенную сущность. Не Божій, а мой образъ носите вы на себѣ, и правъ былъ только тотъ изъ вашихъ мыслителей, который сказалъ, что вы волки другъ другу...

Больно за человѣчество, но попытаемся разобраться въ томъ, что происходитъ.

Во имя чего идетъ война? Что подѣлило воюющихъ? Какіе-нибудь случайные конфликты интересовъ?

Чувствуется, что случайность въ настоящій моментъ играетъ роль самую минимальную, что въ основѣ всего лежитъ нѣчто глубокое, органическое.

Digitized by Google

Но въ чемъ оно заключается? На этотъ вопросъ отвѣчаютъ разно, и возможно, что это различіе въ отвѣтахъ въ значительной степени проистекаетъ изъ самой сложности или, лучше сказать, многогранности того явленія, которое послужило причиной мірового конфликта.

Но если мы упростимъ эту сложность, синтетизируемъ эту многогранность, то, думается намъ, мы получимъ основной жизненный нервъ современной трагедіи въ одномъ великомъ вопросѣ: быть ли силѣ господиномъ въ между человѣческихъ отношеніяхъ, или же она должна подчиниться такимъ или инымъ высшимъ, этическимъ началамъ? Сила или право должна опредѣлять международную жизнь?

Конечно, государства самостоятельны и суверенны, но значитъ ли это, что каждое изъ нихъ въ отношеніяхъ къ другимъ можетъ дѣлать все, что захочетъ и что окажется въ силахъ осуществить? Конечно, надъ государствами нѣтъ никакой высшей юридической власти, но значитъ ли это, что надъ ними уже и ничего нѣтъ?

И вотъ вся бѣда человѣчества заключается въ томъ, что еще весьма распространенъ взглядъ, который дѣйствительно отвѣчаетъ «нѣтъ». Единственнымъ критеріемъ международной политики являются интересы государства, т.-е. государственный эгоизмъ; единственнымъ мѣрпломъ осуществимости этого эгоизма служитъ сила.

И взглядъ этотъ исповѣдуется не только такими практическими политиками, какъ напр. Бисмаркъ, но и многими теоретиками соціальной науки.

Такъ напр. Schollenberger[1]), изслѣдуя общіе принципы политики, диктуемые современнымъ «Staatsraison», приходитъ къ полному противоположенію «Privatmoral» и «Staatsmoral»: въ первой, говоритъ онъ, основнымъ принципомъ является «Rücksicht auf andere», межъ тѣмъ какъ во второй «Rücksicht auf sich selbst».

Высшая нравственная обязанность государства, говорилъ Treitschke[2]), заключается въ томъ, чтобы развивать свое могущество; худшій порокъ государства — его слабость. Поэтому лучшая проба этого могущества, война, составляетъ «die Politik *κατ' ἐξοχήν*». [3]).

Побѣдоносная война, говоритъ Erich Kaufmann[4]), составляетъ настоящій «соціальный идеалъ», къ которому естественно стремится вся совокупность государственной жизни.

---

[1]) Politik in systematischer Darstellung. 1903. S. 43.
[2]) Цитировано у Schollenberger'a l. cit.
[3]) См. у Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914. S. 137.
[4]) См. у Radbruch. l. cit.

Digitized by Google

Политическіе вопросы, заявляетъ небезызвѣстный соціологъ, онъ же покойный Австрійскій генералъ, Ratzenhofer[1]), суть всегда вопросы силы, и если они иногда рѣшаются иначе, чѣмъ силой — напр. посредствомъ договора или третейскаго суда, — то по соображеніямъ не этическаго, а чисто утилитарнаго характера. Никакая мораль въ мірѣ, никакія требованія гуманности не заставятъ сильнѣйшаго отказаться отъ вѣрныхъ плодовъ побѣды надъ слабѣйшимъ. Конечно, человѣчество идетъ постепенно къ состоянію продолжительнаго мира, но этотъ миръ явится результатомъ не цивилизаціи или нравственнаго развитія, а изсяканія природныхъ силъ или уменьшенія поводовъ для конфликтовъ. Во всякомъ случаѣ, заключаетъ онъ какъ бы съ нѣкоторымъ облегченіемъ, пока-что мы еще далеки отъ этой стадіи, и проповѣдуемая «женщинами обоего пола» идея всеобщаго мира является вздорной фантазіей, характерной для современнаго «декадентнаго гуманизма».

Свое теоретическое обоснованіе это воззрѣніе думаетъ найти въ идеѣ борьбы за существованіе, свое этическое оправданіе въ тѣхъ благодѣтельныхъ послѣдствіяхъ для человѣчества, которыя эта борьба вызываетъ.

Борьба за существованіе, говорятъ намъ, есть общій законъ міра и необходимый факторъ прогресса. Мы знаемъ, что подъ ея вліяніемъ совершилась эволюція всего живущаго отъ низшихъ органическихъ формъ къ высшимъ, происходилъ естественный отборъ лучшихъ, наиболѣе сильныхъ и наиболѣе приспособленныхъ экземпляровъ каждаго вида. Отъ этого закона не изъято и человѣчество, и для него борьба за существованіе являлась и является наиболѣе вѣрнымъ факторомъ усовершенствованія. Жизнь народовъ есть также непрестанная борьба за существованіе, и результатомъ этой борьбы является улучшеніе человѣческаго типа: націи слабыя неизбѣжно отпадаютъ, уступая свое мѣсто націямъ сильнымъ и жизнеспособнымъ. Наиболѣе яркимъ моментомъ этой борьбы за существованіе является война; въ ней передъ лицомъ исторіи происходитъ судъ надъ народами, и каждый народъ долженъ доказать свое право на существованіе. Если вообще борьба за существованіе есть непремѣнный факторъ прогресса, т.-е. благо, то таковымъ же благомъ является и война. Конечно, она сопровождается бѣдствіями и гибелью множества людей, а иногда и цѣлыхъ народовъ, — но таковъ законъ природы: природа требуетъ жертвъ, но цѣною этихъ жертвъ созидается новое, лучшее, болѣе сильное и болѣе могущественное человѣчество. Война, го-

[1]) G. Ratzenhofer, Sociologie. 1907. S. 108.

Digitized by Google

ворилъ знаменитый побѣдитель французовъ въ 1870—71 гг. Мольтке, есть неотъемлемый членъ Божьяго мірозданія — «ein Glied in Gottes Weltordnung» [1]). «Сила есть и всегда будетъ непремѣнной функціей соціальнаго развитія», повторялъ за нимъ упомянутый генералъ — соціологъ Ratzenhofer [2]).

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, передъ собой нѣкоторое цѣльное міросозерцаніе, претендующее на извѣстный научный, соціологическій фундаментъ и на извѣстное этическое оправданіе. И если на заявленіе о необходимости соблюдать нейтралитетъ Бельгіи германскій канцлеръ отвѣтилъ, что для германской имперіи высшимъ закономъ является ея интересъ, то въ этомъ сказалось не простое нежеланіе объясняться, а именно указанное цѣльное міросозерцаніе — «Rücksicht auf sich selbst».

И вы чувствуете, что опираясь на это міросозерцаніе, сила выступаетъ предъ вами съ гордо поднятой головой, съ сознаніемъ своей правоты и нѣкоторой благодѣтельной, высшей миссіи. Вы чувствуете, что въ лицѣ этого міросозерцанія на васъ идетъ какой-то маніакъ силы, для котораго нѣтъ никакихъ законовъ, никакихъ сдержекъ, который не знаетъ ни жалости, ни пощады, который возмнилъ себя орудіемъ самого Бога, осуществляющимъ судъ Божій надъ людьми и народами. И когда вы смотрите въ фанатическіе глаза этого маніака, вооруженнаго съ ногъ до головы, васъ охватываетъ ужасъ за человѣчество: кровью будетъ залита дорога, по которой онъ пройдетъ.

Но есть ли хоть тѣнь правды во всемъ томъ, что составляетъ «идеологію» этого маніака; проченъ ли тотъ соціологическій и этическій фундаментъ, на который его міровоззрѣніе опирается? Конечно, борьба за существованіе служила факторомъ развитія организмовъ; конечно, подъ ея вліяніемъ человѣкъ сталъ человѣкомъ, сплотился въ общества, создалъ государства и культуру. Но слѣдуютъ ли отсюда всѣ тѣ дальнѣйшіе выводы, которые дѣлаются?

Конечно, борьба за существованіе въ смыслѣ борьбы съ внѣшними явленіями природы, съ дикими звѣрями и т. д. необходима; но точно такой же ли неизбѣжный законъ природы составляетъ борьба членовъ одного и того же вида между собой?

Любопытно въ этомъ отношеніи собственное признаніе Ратценгофера: борьбы между собой, говоритъ онъ, за исключеніемъ случаевъ половыхъ аффектовъ, животныя не знаютъ: ее знаютъ только люди [3]).

---

[1]) См. у Radbruch, l. cit.
[2]) l. cit. S. 106.
[3]) l. cit. S. 105.

Digitized by Google

Итакъ, способность истреблять себѣ подобныхъ представляетъ исключительную привилегію человѣческаго рода...

Печальная привилегія! Но, можетъ быть, она все же неизбѣжный законъ природы, единственно способный вести человѣчество къ дальнѣйшему усовершенствованію?

Останемся пока въ той же плоскости, въ которой оперируютъ разсматриваемые нами «соціологи», и спросимъ ихъ, дѣйствительно ли войны между людьми всегда дѣйствуютъ въ смыслѣ отбора и переживанія лучшихъ?

И, къ нашему удивленію, мы у нихъ же найдемъ отвѣтъ отрицательный. Въ современныхъ условіяхъ именно лучшіе элементы народа, наиболѣе сильные и здоровые, подвергаются всѣмъ опасностямъ войны и наибольшему истребленію. Самъ Ратценгоферъ вынужденъ признать, что при современной организаціи военной обороны войны являются факторомъ не прямого, а обратнаго отбора — отбора худшихъ.[1]) И такое дѣйствіе войнъ не можетъ быть никоимъ образомъ предотвращено: разъ существуетъ война, участіе въ ней всегда будетъ требовать изъ рядовъ націи всего того, что въ ней есть наиболѣе сильнаго, ловкаго и выносливаго. Вслѣдствіе этого, справедливо заключаетъ напр. Chatterton-Hill[2]). война неизбѣжно должна приводить къ біологическому регрессу народа, а слѣдовательно и человѣчества.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что «соціологическія» предпосылки нашего ученія разсыпаются прахомъ. Если борьба за существованіе вообще является факторомъ прогресса и улучшенія человѣческаго рода, то борьба людей между собой, ихъ взаимныя войны являются причиной регресса и ухудшенія. Печальная привилегія человѣческаго рода по сравненію съ животными оказывается его проклятіемъ. То, что Мольтке называлъ «членомъ въ порядкѣ Божьяго мірозданія», оказывается скорѣе «членомъ въ порядкѣ сатанинскаго навожденія».

Но это тяжкое заблужденіе далеко не единственный порокъ разсматриваемаго міросозерцанія.

Говоря о томъ, что борьба силъ, война, производитъ отборъ лучшихъ индивидовъ и націй, это міросозерцаніе исходитъ изъ нѣкотораго аксіоматически принятого представленія о лучшемъ: лучшее — то, что наиболѣе сильно, что наиболѣе пригодно для борьбы въ этомъ опредѣленномъ отношеніи. Лучшимъ экземпляромъ человѣческаго рода рисуется лучшій воинъ, лучшимъ государствомъ — наиболѣе сильное и внѣшне-могущественное.

---

[1]) l. cit. S. 72.
[2]) Individuum und Staat. 1913. S. 27.

Digitized by Google

Но точно ли все это должно быть признано лучшимъ? Не подлежитъ сомнѣнію, что съ военной точки зрѣнія любой унтеръ-офицеръ представляетъ бо́льшую цѣнность, чѣмъ Шекспиръ или Шиллеръ, Рафаэль или Бетховенъ; но точно ли онъ цѣннѣе ихъ съ точки зрѣнія обще-человѣческой и обще-культурной? Не подлежитъ сомнѣнію, что съ точки зрѣнія силы Спарта стояла выше Аѳинъ, но кто изъ нихъ далъ бо́льшую сумму цѣнностей для обще-человѣческой культуры?

Вопросъ о томъ, что есть лучшее, въ чемъ состоитъ критерій человѣческаго прогресса, можетъ быть рѣшенъ только въ зависимости отъ такого или иного этическаго міросозерцанія. Разсматриваемое же ученіе въ этомъ отношеніи виситъ совершенно въ воздухѣ безъ всякаго фундамента. Оно аморально.

Не трудно замѣтить, что все это ученіе представляетъ своеобразную копію ницшеанства. «Wille zur Macht» является общимъ лозунгомъ того и другого. Если Ницше идеаломъ человѣческаго развитія ставилъ появленіе нѣкотораго «сверхъ-человѣка», то наше ученіе проповѣдуетъ какое-то «сверхъ-государство»: недаромъ напр. Stahl требовалъ отъ націи, чтобы она въ своемъ могуществѣ была подобна богатырю («in ihrer Macht als ein Held sich bewähre»)[1]). Если Ницше съ презрѣніемъ говорилъ о христіанской «морали рабовъ», то представители разсматриваемаго ученія съ неменьшимъ презрѣніемъ говорятъ о гуманности вообще, какъ о какихъ-то сантиментальныхъ бредняхъ «женщинъ обоего пола».

Есть, однако, существенная черта, которая отличаетъ это ученіе отъ философіи Ницше: въ немъ нѣтъ той глубоко-трагической ноты, которая слышится въ этой послѣдней, нѣтъ той обще-человѣческой тоски, которая такъ характерна для Ницше. Если разсматриваемое ученіе ницшеанство, то ницшеанство вульгарное, перенесенное съ горныхъ высотъ, гдѣ, рождая свое ученіе, мучился Ницше, въ плоскія стѣны военныхъ казармъ.

Провозглашая, что для государства высшимъ закономъ являются только его интересы и его могущество, что иного закона для государства нѣтъ, это ученіе проповѣдуетъ для междугосударственныхъ отношеній полнѣйшій анархизмъ. Какъ совершенно справедливо отмѣчаетъ Radbruch[2]), при такомъ воззрѣніи сожительство народовъ есть не что иное, какъ тотъ «Verein der Egoisten», о которомъ мечталъ Максъ Штирнеръ.

Но въ то же время для отношеній внутри государства нѣтъ болѣе нетерпимыхъ враговъ анархизма, чѣмъ представители на-

[1]) См. у Radbruch, l. cit. S. 127.
[2]) l. cit. S. 136.

Digitized by Google

шего ученія. Такъ напр. тотъ же Ратценгоферъ настойчиво совѣтуетъ правительству противъ всякихъ соціалистическихъ или анархическихъ «поползновеній черни» заблаговременно прибѣгать къ самымъ рѣшительнымъ мѣрамъ, помня, что одинъ хорошій выстрѣлъ въ самомъ началѣ гораздо дѣйствительнѣе, чѣмъ запоздалыя кровавыя бани[1]).

Имъ нужна безграничная государственная власть, нужна желѣзная дисциплина. Индивидъ для нихъ только рядовой громадной арміи, обязанный къ безпрекословному повиновенію командѣ.

Они не замѣчаютъ того вопіющаго противорѣчія, въ которомъ находятся другъ къ другу обѣ половины ихъ ученія. Если, въ самомъ дѣлѣ, борьба между народами и война является благодѣтельнымъ факторомъ прогресса, если въ самомъ дѣлѣ такимъ путемъ совершается отборъ лучшаго, то какъ не допустить тогда такой же борьбы, такого же анархизма и внутри государства между отдѣльными индивидами? Анархизмъ во внѣшнихъ отношеніяхъ логически влечетъ за собой анархизмъ внутри и наоборотъ; никакого раздвоенія здѣсь быть не можетъ. Недаромъ Ницше, проповѣдникъ могущественнаго «сверхъ-человѣка», былъ въ то же время жесточайшимъ ненавистникомъ всякаго государства.

Такимъ образомъ, все это ученіе представляетъ смѣсь непровѣренныхъ предпосылокъ, логическихъ ошибокъ и внутреннихъ противорѣчій. Это обманъ, думающій ошеломить мысль мнимой научностью, усыпить народную совѣсть нравственными софизмами.

Но этотъ обманъ заключаетъ въ себѣ нѣчто искусительное, въ особенности для тѣхъ, кто имѣетъ шансы стать побѣдителемъ, а еще болѣе для тѣхъ, кто уже вкусилъ сладость побѣды. Ученіе о томъ, что сила есть высшій законъ бытія, освобождаетъ отъ послѣднихъ этическихъ сдержекъ, отметаетъ послѣднее душевное безпокойство. Будь силенъ — ты творишь Божіе предначертаніе!...

Однако, этотъ обманъ имѣетъ и свою собственную психологическую трагедію. Давая на первыхъ порахъ какъ-будто нѣкоторое душевное успокоеніе, онъ является затѣмъ источникомъ новаго и гораздо худшаго безпокойства. Какъ ядовитый наркозъ, онъ вноситъ въ душу отраву и разрушеніе.

Побѣда силы даетъ ея обладателю упоеніе торжества. Но, испытавъ это упоеніе, побѣдитель на немъ остановиться не можетъ; ему хочется все новыхъ и новыхъ побѣдъ, а такъ какъ міровая арена широка, то эта жажда побѣдъ пріобрѣтаетъ характеръ ненасытимости. Какъ Александръ Македонскій, какъ Аттила, какъ

---

[1]) Sociologie. S. 110.

Digitized by Google

Наполеонъ, онъ гонится все дальше и дальше въ какомъ-то безпокойствѣ безумія, и нѣтъ момента, когда бы онъ могъ сказать: теперь довольно.

Съ другой стороны, зная, что онъ защищенъ только своей силой, онъ безсознательно начинаетъ трепетать передъ всякой другой силой. Все окружающее начинаетъ возбуждать въ немъ безпокойство; всякіе признаки зарожденія новой силы или развитія старой поселяютъ въ немъ тревогу и выводятъ его изъ состоянія душевнаго равновѣсія. Онъ ждетъ отовсюду мщенія и предательства, постоянно дрожитъ за свое господство и существованіе. Какъ призраки воспаленнаго воображенія, со всѣхъ сторонъ обступаютъ опасности, и при малѣйшемъ шорохѣ жизни рука судорожно хватается за мечъ...

Хорошо извѣстна подобная личная трагедія всѣхъ тѣхъ, кто добился власти путемъ насилія или преступленія, всѣхъ разнообразныхъ тпрановъ различныхъ временъ и народовъ. Но такая же трагедія можетъ поражать и цѣлыя государства.

Именно ее мы наблюдаемъ въ исторіи Германіи за послѣднія 40 лѣтъ, послѣ ея головокружительныхъ побѣдъ надъ Даніей, Австріей, а въ особенности надъ Франціей въ 1870—71 г. Хмѣль этихъ побѣдъ бросился въ голову нѣмцевъ и въ теченіе короткаго времени совершенно измѣнилъ эту націю философовъ, ученыхъ и поэтовъ. Конечно, и философія, и наука, и поэзія сохранились въ ней, но надо всѣмъ этимъ появилось нѣчто новое. Упоеніе торжествующаго побѣдителя отравило національный характеръ, создавъ въ немъ преклоненіе передъ внѣшнимъ могуществомъ и вооруженной силой. Въ моментъ высшаго торжества германской силы, надъ поверженнымъ и поруганнымъ тѣломъ Франціи, родилась Германская Имперія, и такое рожденіе предопредѣлило весь ея дальнѣйшій характеръ. Въ моментъ насилія родилась она и естественно, что силу провозгласила она своимъ лозунгомъ; милитаризмъ сталъ ея основною тенденціей. Жажда могущества, жажда власти гнала ее по этому пути все дальше и дальше, заставляя все приносить въ жертву молоху вооруженій.

А вмѣстѣ съ тѣмъ стала развиваться и та внутренняя трагедія, о которой только что было сказано.

Испытавъ упоеніе побѣдителя и постоянно гипнотизируя себя мыслью о своей непобѣдимости, Германская Имперія стала до крайности ревниво относиться къ своему международному положенію. Того вліянія, которымъ она пользовалась, ей стало казаться мало; ей нужно было все бо́льшаго и большаго, и міръ все чаще и чаще сталъ слышать германскіе «удары кулакомъ по столу».

Digitized by Google

Параллельно развивалась крайняя подозрительность. Уже захватъ Эльзаса и Лотарингіи явился постояннымъ источникомъ опасеній реванша со стороны Франціи. Дальше стали чудиться опасности съ востока и создалась легенда о провиденціальной враждѣ между германствомъ и славянствомъ. Малѣйшіе признаки усиленія съ той или другой стороны, даже простой естественный приростъ населенія, заставляли терять душевное равновѣсіе и думать о заблаговременномъ уничтоженіи этой растущей силы.

Напряженное состояніе міра росло; положеніе сдѣлалось совершенно невыносимымъ, и достаточно было какого-нибудь маленькаго толчка, чтобы разразилась катастрофа. И вотъ въ одинъ моментъ, по слову одного единственнаго человѣка, пали всѣ соціальныя связи между двумя группами народовъ и всѣ культурныя цѣнности брошены подъ ноги слѣпой физической силѣ!

Но чувствуется, что этому долженъ быть положенъ конецъ. Самая громадность нынѣшней войны ставитъ передъ человѣческимъ сознаніемъ во весь свой ростъ вопросъ объ освобожденіи отъ гнетущаго міръ кошмара. Довольно съ насъ этого господства силы: оно влечетъ за собой не только біологическій, но и этическій регрессъ человѣчества. Довольно съ насъ всякаго милитаризма, насильственнаго угнетенія одной націи другой; надо признать право всякой изъ нихъ, даже самой маленькой, на существованіе. Довольно съ насъ международнаго анархизма; жизнь человѣчества должна быть построена на разумныхъ и нравственныхъ началахъ...

Но достаточно ли для всего этого побѣдить Германію? Думаемъ, что нѣтъ: ибо какая польза міру, если будетъ сокрушенъ милитаризмъ Германіи, но взамѣнъ его возникнетъ воинствующій милитаризмъ Франціи, Великобританіи или Россіи? Пройдетъ короткое время, и прежняя тревога за спокойное существованіе возникнетъ снова, и снова міръ будетъ жить подъ Дамокловымъ мечомъ еще болѣе ужасной войны.

Тотъ врагъ, котораго надо побѣдить, не Германія, какъ таковая, а нѣчто большее и универсальное. Это — описанное выше міросозерцаніе и прикрывающійся имъ біологическій (чтобы не сказать — зологическій) націонализмъ съ неизбѣжно присущими ему насильническими тенденціями. А этотъ врагъ не только въ Германіи. Ибо надо быть справедливыми: если въ послѣднее время центромъ культа силы, центромъ милитаризма, была Германія, то нельзя сказать, чтобы и другія страны, даже тѣ, которыя въ настоящее время съ нею воюютъ, были совершенно чисты въ этомъ отношеніи. Отъ поры до поры вездѣ наблюдаются вспышки того же милитаризма, имперіализма, шовинизма и другихъ тому подоб-

Digitized by Google

ныхъ явленій, и при благопріятныхъ условіяхъ эти вспышки легко могутъ разгорѣться въ огромный пожаръ.

Такимъ образомъ, надо побѣдить врага не только внѣ насъ, но и въ насъ самихъ. Если тамъ, на поляхъ сраженій, пытаются дать отпоръ насилію оружіемъ, то мы здѣсь должны бороться съ нимъ нравственнымъ оздоровленіемъ общественной атмосферы. Театръ нынѣшней войны гораздо шире и глубже его географическихъ границъ; невольно вспоминаются слова Достоевскаго: «это дьяволъ съ Богомъ борется, а поле битвы — сердца людей».

Вѣрится въ конечную побѣду надъ нынѣшнимъ внѣшнимъ врагомъ, но надо, чтобы эта внѣшняя побѣда завершилась побѣдой внутренней — въ сердцахъ людей всего міра. Пусть нынѣшняя война явится рѣшительнымъ переломомъ отъ силы къ праву; пусть за временемъ ожесточенія и разрушенія наступитъ время примиренія и радостнаго общечеловѣческаго творчества — то время, когда каждый готовъ будетъ воскликнуть словами стараго гуманиста временъ реформаціи:

«Es ist die Lust in dieser Zeit zu leben!»

І. Покровскій.

Digitized by Google

Фихте и нѣмецкая нація[1]).

Сто лѣтъ прошло со смерти Фихте. За это время философія нѣмецкаго идеализма стала общеевропейскимъ достояніемъ и вошла тѣми или другими элементами своими въ философское міросозерцаніе всѣхъ великихъ націй Европы. Мнѣ казалось, однако, что еще не всѣ эти элементы использованы. И прежде всего этика Фихте не была систематически изслѣдована. Ни на русскомъ, ни на иностранныхъ языкахъ нѣтъ книги, посвященной этому вопросу. Предпринимая изслѣдованіе этики Фихте, я руководился не столько историческимъ, сколько принципіально философскимъ интересомъ. Мнѣ казалось, что систематическое изученіе ея принциповъ можетъ дать многое для разрѣшенія вопросовъ современной философской этики, больше, чѣмъ можетъ дать Кантъ, или Гегель. Изъ четырехъ великихъ представителей нѣмецкаго идеализма Кантъ и Гегель безспорно были болѣе вліятельны и лучше изучены, тѣмъ Фихте и Шеллингъ; между тѣмъ Фихте сдѣлалъ въ ученіи о правѣ и нравственности больше, чѣмъ Кантъ, который далъ ему лишь принципы, и далѣе, Фихте не сдѣлалъ тѣхъ важныхъ ошибокъ, которыя ставятъ подъ сомнѣніе всю философскую этику Гегеля. Я выбралъ Фихте не потому, что считаю его болѣе геніальнымъ, или болѣе мнѣ близкимъ, чѣмъ Шеллингъ, напротивъ — Шеллингъ родственнѣе нашему русскому духу, но я долженъ былъ остановиться на Фихте, ибо тѣ проблемы, которыя стояли въ центрѣ моего вниманія глубже и фундаментальнѣе изслѣдованы у Фихте. Нужно принять основные принципы этики Фихте и лишь тогда можно восполнить ихъ Шеллингомъ, ибо самъ Шеллингъ принимаетъ философію свободы отъ Фихте и исходитъ изъ нея.

Насъ могутъ однако спросить, почему непремѣнно нѣмецкій идеализмъ? Не преувеличиваемъ-ли мы его значенія? На это я долженъ отвѣтить, что отнюдь не считаю нѣмецкій идеализмъ болѣе цѣннымъ, чѣмъ, напримѣръ, греческую философію, или этико-ре-

---

[1]) Рѣчь, произнесенная въ Императорскомъ Московскомъ университетѣ передъ диспутомъ 7 ноября 1914 года.

Digitized by Google

лигіозныя идеи отцовъ церкви, но на ряду съ этими неизбѣжными элементами въ современное міросозерцаніе долженъ войти и нѣмецкій идеализмъ. Иначе мы будемъ открывать снова то, что уже открыто Кантомъ и Фихте. Самостоятельность и оригинальность русскаго духа отъ этого не пострадаетъ. Русскій философъ Владиміръ Соловьевъ сочетаетъ глубокое усвоеніе истинъ нѣмецкаго идеализма съ оригинальнымъ русско-византійскимъ религіознымъ міросозерцаніемъ. Въ этомъ направленіи должны итти и мы.

Пойти принципіально инымъ и противоположнымъ путемъ въ этикѣ, чѣмъ пошелъ нѣмецкій идеализмъ, могъ-бы только тотъ, кто сталъ-бы на точку зрѣнія спинозизма, натурализма, или этическаго дарвинизма, кто сказалъ бы, что право равно силѣ и большія рыбы такъ же имѣютъ право поглощать малыхъ, какъ сильные народы — слабыхъ. Сейчасъ мы болѣе, чѣмъ когда-либо сознаемъ всю отвратительную неправду такой морали: по ее плодамъ мы познаемъ ея принципы. Намъ уже не надо философскихъ доказательствъ: мы отрицаемъ ее въ переживаніи и въ дѣйствіи со всею силою нашего національнаго духа, мы воюемъ съ этикою силы. И кто же ее защищаетъ и осуществляетъ на дѣлѣ? Нѣмцы, германская нація. Вотъ грандіозная проблема для соціальнаго философа, вотъ страшная трагедія для германскаго духа. Созерцая нравственное паденіе Германіи, мы невольно чувствуемъ безпокойство: не онѣмѣчились ли мы? Мы стараемся вымести изъ Россіи нѣмецкій духъ и въ этомъ нами руководитъ глубоко этическій мотивъ. И тѣ, кто привыкли любить и уважать нѣмецкихъ поэтовъ и мыслителей, кто вѣритъ въ нѣмецкій идеализмъ, должны чувствовать еще глубже трагическое паданіе Германіи. Хочется глубже всмотрѣться въ творенія нѣмецкихъ философовъ, чтобы найти тамъ какую-то принципіальную ошибку, соблазнившую нѣмецкій народъ и направившую его на путь ложный и гибельный. Здѣсь возможны только два рѣшенія, только два выхода изъ трагическаго сомнѣнія и смятенія духа: или на основаніи словъ и дѣлъ современной Германіи осудить ея старыхъ учителей, или на основаніи словъ и дѣлъ ея учителей осудить современную Германію.

Вѣрно только послѣднее: Германія новѣйшая не вступила на тотъ путь, который указывали ей нѣмецкіе романтики и идеалисты сто лѣтъ назадъ, и пошла по пути прямо противоположному, она поклонилась инымъ богамъ. Неужели современный путешественникъ можетъ подобно пушкинскому герою вывезти изъ Геттингена «вольнолюбивыя мечты, духъ пылкій и довольно странный»? или кто-либо можетъ серьезно думать, что современная Германія вдох-

Digitized by Google

новляется идеалами Орлеанской Дѣвы, Вильгельма Теля и Эгмонта? Развѣ не ясно, что здѣсь воспѣты чувства и идеалы ея враговъ. Нѣтъ, вѣрнымъ, и теперь еще болѣе вѣрнымъ, остается то, что сказалъ Гейне, обращаясь къ обитателямъ Франкфурта: между Гёте и вами цѣлая пропасть лежитъ. Не будемъ же помогать нѣмцамъ оправдываться, доказывая, что они остаются вѣрными себѣ и дѣлаютъ теперь то, что требовали отъ нихъ Кантъ и Фихте, Шиллеръ и Гёте, Лютеръ и Яковъ Бёме. Пусть они сами попробуютъ установить здѣсь систематическое единство и дедукцію a priori. Скажемъ просто, что они отреклись отъ своихъ духовныхъ цѣнностей, отъ своихъ духовныхъ вождей, отъ религіи любви, и пусть они сами отвѣчаютъ, какъ могутъ.

Въ отношеніи къ Фихте и Канту легче всего доказать правильность нашего положенія. Философія нравственной свободы, конечно, во всемъ противоположна философіи природной необходимости, подъ знакомъ которой живетъ и дѣйствуетъ современная Германія. Кантъ требовалъ вѣчнаго мира, какъ идеала, а фонъ-Бернгарди пишетъ, что та нація погибла, которая начнетъ мечтать о вѣчномъ мирѣ, и онъ разсуждаетъ послѣдовательно, ибо онъ сторонникъ біологической, зоологической этики, по которой сильный долженъ уничтожать слабаго въ борьбѣ за существованіе. Какъ оправдываетъ современная Германія свою войну, свои правонарушенія, свою ложь, жестокость и презрѣніе ко всѣмъ націямъ? Идеей желѣзной необходимости. Все, что было высказано для обоснованія войны отъ Бернгарди и Гауптмана до Бетманъ-Гольвега, воспроизводило въ той или другой варіаціи эту мысль. Развитіе «здоровой и сильной расы» требуетъ, по ихъ мнѣнію, борьбы и захвата, и это было біологической необходимостью, нарушеніе нейтралитета было государственной необходимостью, захватъ рынковъ и сокрушеніе конкурента было желѣзной экономической необходимостью. Вотъ кругъ идей, характерныхъ для Германіи XIX вѣка, и съ этими идеями всю жизнь боролся Фихте, отстаивая идею нравственной свободы.

Но не только въ этомъ исходномъ началѣ, въ первопринципѣ — этика Фихте противоположна тому, что дѣлаетъ, говоритъ и думаетъ современная Германія. Противоположность можетъ быть установлена гораздо конкретнѣе и ближе къ фактамъ исторической дѣйствительности. Въ своихъ «Рѣчахъ къ нѣмецкой націи» Фихте предвидитъ возможность того пути, на который вступила Германія, предвидитъ до малѣйшихъ подробностей и осуждаетъ этотъ путь, какъ безнравственный и гибельный. Повидимому, рѣчи болѣе всего могутъ быть взяты подъ подозрѣніе: вѣдь въ нихъ Фихте проповѣ-

Digitized by Google

дывалъ нѣмецкій національнзмъ и національное воспитаніе, и вотъ какой національнзмъ воспрпняла германская нація изъ его рѣчей, распространяемыхъ во множествѣ популярныхъ изданій. Вотъ какіе плоды соціальнаго воспитанія она показала.

Проблема націи ставится сейчасъ съ небывалою глубиною и трагизмомъ. Уже нельзя теперь отдѣлаться отъ нея, становясь на точку зрѣнія безличнаго и абстрактнаго космополитизма. Національность есть самое близкое и дорогое, то, чѣмъ трепещутъ сейчасъ всѣ сердца, нѣчто святое, что достойно предстать предъ Божествомъ. И, съ другой стороны, національнзмъ можетъ стать отвратительнымъ искаженіемъ великой идеи, и это искаженіе воплощается сейчасъ нѣмецкой націей. Вотъ задача для соціальнаго философа. Какъ же ее разрѣшаетъ Фихте? Онъ, конечно, признаетъ цѣнность націи, этическую и даже религіозную, и онъ обосновываетъ ее на понятіи индивидуальности и индивидуальнаго характера. Нація есть индивидуальность и имѣетъ свой индивидуальный характеръ. Каждый индивидуумъ есть нѣчто единственное, незамѣнимое, неповторяемое и долженъ выполнить свою индивидуальную нравственную задачу, ибо «каждый долженъ только то, что онъ одинъ долженъ, и опъ одинъ можетъ», и что заповѣдано одному, то не заповѣдано другому; каждая индивидуальность есть какъ бы особая «мысль божества». Также и пація — она есть великая индивидуальность. Духовная сущность человѣчества, говоритъ Фихте, у каждаго парода проявляется весьма многообразно и запечатлѣвается, какъ его особенность и единственность. Въ таинственныхъ особенностяхъ отдѣльныхъ націй, часто имъ самимъ невидимыхъ, заложена ихъ связь съ первоисточникомъ жизни, въ нихъ — порука національнаго достоинства, добродѣтели и заслуги въ настоящемъ и будущемъ каждаго народа. Только въ самобытномъ развитіи и самосозиданіи каждаго народа, поскольку онъ предоставленъ самому себѣ, можетъ проявиться истинное отраженіе Божества, образъ и подобіе Божіе [1]). Но индивидуальность можетъ проявиться въ полной мѣрѣ, можетъ найти себя и развить свои духовные дары только въ живомъ и любовномъ общеніи съ другими индивидуальностями; ненавистью и презрѣніемъ къ чужимъ свойствамъ и особенностямъ она лишь разрушаетъ себя, отвращаясь отъ другихъ, она обѣдняетъ себя. Это одинаково вѣрно и для индивидуальности отдѣльнаго человѣка и для цѣлаго народа. Есть два типа народовъ, говоритъ Фихте, одни, удерживая свои особенности и требуя къ нимъ уваженія, точно такъ же признаютъ и оставляютъ въ неприкосновенности

[1]) Fichte, Reden an die deutsche Nation. 1908. XIII R. S. W. VII Bd. S. 467.

Digitized by Google

особенности своихъ собратьевъ; другимъ же ихъ узкая, уродливая, себялюбивая самость не даетъ возможности спокойно и объективно созерцать чужое, и они думаютъ, что существуетъ только одинъ способъ быть культурнымъ человѣкомъ — это тотъ, который принятъ въ данный моментъ у нихъ; всѣ же остальные люди на свѣтѣ не имѣютъ никакого иного назначенія, какъ стать имъ во всемъ подобными, и должны еще благодарить ихъ за то, что они возьмутъ на себя трудъ передѣлать ихъ по своему образу и подобію. Всякій, кто прочтетъ эти слова Фихте, невольно воскликнетъ: да вѣдь это насмѣшка надъ пангерманизмомъ, надъ «Deutschland über alles»! Вѣдь нѣмцы обратились къ Бельгіи съ призывомъ: «примите нашу культуру, и вы будете счастливы». И вотъ Фихте опредѣляетъ далѣе способы дѣйствія, вытекающіе изъ этихъ двухъ пониманій національной идеи: между націями перваго рода возможно взаимодѣйствіе, взаимное образованіе и воспитаніе, въ высшей степени благопріятное для развитія человѣчества, возможно взаимное проникновеніе, при которомъ каждый однако остается самимъ собою; націи второго рода не могутъ ничего образовывать, онѣ хотятъ лишь разрушать все существующее и создавать вокругъ себя пустыню, гдѣ онѣ могутъ снова и снова насаждать самихъ себя [1]). Фихте, правда, не думаетъ, что этотъ страшный образъ принадлежитъ нѣмецкой націи, нѣтъ, ея прошлое и настоящее говоритъ онъ, не обнаруживаютъ такой опасности, и для своего времени онъ, конечно, правъ; онъ не хочетъ его приписать однако и никакой другой изъ существующихъ націй, даже французовъ онъ не рѣшается, слѣдовательно, обвинить въ этой узости. Но будущее? Будущее неизвѣстно, а потому необходимо предостеречь нѣмецкую націю, дабы она не поддалась такому націонализму. И Фихте выступаетъ здѣсь какъ пророкъ, подробно рисуя картину грядущихъ заблужденій, отъ которыхъ онъ хочетъ отвратить свой народъ.

Германія будущаго должна стать объединенной, но она не должна вступать на путь имперіализма; она не должна стремиться къ міровой торговлѣ, къ коммерческому или военному покоренію другихъ націй. Торговля и цезаризмъ — вотъ двѣ опасности для нея. Торговля порождаетъ борьбу за рынки съ оружіемъ въ рукахъ и опасность быть покореннымъ или жажду покорять. Пусть избавлена будетъ Германія отъ этой судьбы, говоритъ Фихте [2]). Но еще значительнѣе опасность завоевательнаго цезаризма. Она

[1]) Ib. 471—472.
[2]) Ib. 466—467. Ср. Der geschlossene Handelsstaat. 1800. S. W. Bd. III, S. 468—469.

Digitized by Google

была бы налицо, если бы одно изъ германскихъ государствъ, напримѣръ Пруссія, обладая монархической формой устройства, стала властвовать единодержавно надъ всей Германіей. «Всякій цвѣтъ самостоятельнаго развитія былъ бы тогда раздавленъ на всемъ протяженіи нѣмецкой земли». Все благородное, что есть въ Германіи, должно возстать противъ этого [1]). Но всего отвратительнѣе становится цезаризмъ тогда, когда онъ стремится къ покоренію и подавленію другихъ націй и государствъ, къ универсальной монархіи. Эту любимую мечту всѣхъ пангерманистовъ Фихте называетъ ненавистной и безсмысленной грезой. Въ самомъ дѣлѣ, какими средствами сталъ бы такой цезаризмъ осуществлять свою задачу? Какія чувства долженъ возбуждать въ своемъ народѣ завоеватель? Онъ долженъ изгнать разумное желаніе мира, чувство благожелательности и состраданія, заглушить разумный вопросъ о цѣли всякой предпринятой войны и замѣнить все это всепоглощающей жаждой грабежа, ибо нѣтъ иного аффекта, на который онъ могъ бы опираться. Его воины должны привыкнуть при опустошеніи цвѣтущихъ странъ, не думать ни о чемъ другомъ, кромѣ лишь того, какія выгоды смогутъ они извлечь для себя изъ этого общаго несчастья, и тогда замолкнетъ въ нихъ, наконецъ, чувство состраданія. Завоеватель долженъ привить своимъ сподвижникамъ не только варварскую дикость, но и долженъ пріучить ихъ къ холодному и разсчетливому грабежу. Всякій естественный стыдъ долженъ отпасть и грабежъ долженъ считаться почетнымъ признакомъ тонкаго ума и долженъ открывать дорогу ко всякимъ почестямъ. «Такой народъ видитъ теперь въ покоренныхъ людяхъ, странахъ и произведеніяхъ искусства не что иное, какъ только средство съ величайшей поспѣшностью выколачивать деньги, чтобы тотчасъ итти дальше и снова выколачивать деньги». Фихте какъ бы видитъ то жадное и поспѣшное наложеніе контрибуцій на захваченные города и мѣстечки, которое совершается на нашихъ глазахъ. И дальше звучитъ его суровое пророчество: никого не обманутъ и не соблазнятъ такія дѣянія, достаточно взглянуть на нихъ вблизи, и мы увидимъ одну только животную дикость и безстыдный грабежъ, и весь человѣческій родъ выразитъ къ нимъ свое отвращеніе, «этими средствами можно, правда, опустошить землю и превратить ее въ темный хаосъ, но никогда нельзя на нихъ воздвигнуть порядокъ универсальной монархіи» [2]). Такимъ образомъ все предпріятіе разрушаетъ само себя.

---

[1]) Reden an die deutsche Nation. Bd. VII, S. 397. Ср. Politische Fragmente. Ib. 549.

[2]) Reden an die deutsche Nation. Bd. VII, S. 468—469.

Digitized by Google

Читая эти слова великаго философа, произнесенныя сто лѣтъ назадъ, мы съ удивленіемъ узнаемъ въ нихъ все то, что сейчасъ думаетъ и говоритъ о нѣмцахъ цивилизованная Европа, и не одна Европа — весь цивилизованный міръ. Трудно лучше выразить справедливое негодованіе, чѣмъ это сдѣлалъ Фихте. Неужели онъ говоритъ о нѣмцахъ? Да, онъ самъ напоминаетъ, что говоритъ здѣсь «съ нѣмцами и о нѣмцахъ». Подъ такимъ суровымъ осужденіемъ агрессивнаго пангерманистскаго національнализма охотно подпишутся всѣ тѣ, кто воюетъ сейчасъ съ Германіей. И они воюютъ какъ разъ во имя той священной національной идеи, которую оправдалъ и обосновалъ Фихте — во имя права на сохраненіе и развитіе индивидуальности и самобытности народа; этого хотятъ сейчасъ и за это борятся и Сербія, и Бельгія, и Россія, и Англія, и Франція.

Что же могли однако вычитать нѣмцы изъ «Рѣчей къ нѣмецкой націи»? Какъ могли они ихъ читать и издавать? Вѣдь тамъ заключенъ обвинительный актъ не только противъ современной воюющей Германіи, но и противъ Германіи до войны, противъ единовластно господствующей Прусской монархіи? Все же есть тамъ и нѣчто другое въ этихъ рѣчахъ, есть пятна на этомъ идейномъ солнцѣ, и ими-то постарался воспользоваться германскій духъ, чтобы запятнать себя. Фихте хотѣлъ поднять въ своемъ народѣ чувство національнаго достоинства, но поддался при этомъ соблазну духовной гордости и самовозвеличенія. Онъ произнесъ слова, которыя трудно теперь забыть или простить. Нѣмецкую націю онъ объявилъ солью земли, назвалъ ее «Das Ich unter den Nationen», сказалъ, что только она обладаетъ живымъ языкомъ и живой философіей, и, наконецъ, что еще хуже, сказалъ, что только нѣмецъ обладаетъ въ полномъ смыслѣ слова національностью и только онъ способенъ къ настоящей и разумной любви къ своей націи, только онъ можетъ быть настоящимъ патріотомъ, а потому, «если нѣмецъ не спасетъ культуры человѣчества, то ее не спасетъ никакая другая нація»[1]). Я намѣренно взялъ самое рѣзкое и самое худшее, что можно найти у Фихте, и это безъ сомнѣнія то самое, что привело въ восторгъ пангерманистовъ, а за ними и нѣмцевъ вообще; вотъ, что они взяли изъ «Рѣчей къ нѣмецкой націи». Правда, Фихте говоритъ здѣсь о научномъ и нравственномъ превосходствѣ, которое доказывается, конечно, не насиліемъ и завоеваніемъ, а успѣхами въ наукѣ и въ реализаціи «царства свободы», но все же эти его слова глубоко ложны и вредны. Здѣсь брошены вредныя сѣмена, ко-

[1]) Ib. 377—378. Der Patriotismus u. sein Gegentheil. 1807. Bd. XI. S. 234. 266. 243—244.

Digitized by Google

торыя даютъ ядовитые плоды. Такой національнзмъ мы находимъ позже и у Гегеля, и у Бисмарка. Но нужно помнить, что рѣдкая нація избѣгла соблазна объявить себя народомъ-избранникомъ. Постараемся же избавиться отъ самопревознесенія и самодовольства, отъ нѣмецкой національной заносчивости, постараемся въ этомъ смыслѣ не онѣмечиться. Возьмемъ изъ нѣмецкаго идеализма не то, что тамъ есть «истинно-нѣмецкаго», а то, что тамъ есть истиннаго, остальное предоставимъ нѣмцамъ. Не будемъ только обращаться къ нимъ, какъ до сихъ поръ, за истолкованіемъ Канта или Фихте. Что же касается самого Фихте, то не забудемъ его пророческихъ словъ, обращенныхъ къ Германіи, не забудемъ его призыва къ сохраненію и уваженію народныхъ индивидуальностей. А за свою національную гордость и за самопревознесеніе онъ уже наказанъ самымъ страшнымъ наказаніемъ, какое можетъ понести тотъ, кто хотѣлъ быть моральнымъ вождемъ своего народа: его безсмертный духъ можетъ теперь видѣть, что весь его планъ соціальнаго воспитанія Германіи не удался, и теперь нужно начинать сначала. И если сто лѣтъ назадъ онъ призналъ, что единственнымъ средствомъ вывести нѣмцевъ изъ узкаго тупика себялюбія является пораженіе извнѣ, то и мы теперь должны сказать то же самое: любя своихъ враговъ, какъ велитъ намъ наша религія, мы должны отъ всей души желать имъ полнаго пораженія.

Б. Вышеславцевъ.

Digitized by Google

Нейтрализованныя государства.

Въ самомъ началѣ войны Асквитъ сказалъ въ палатѣ общинъ: «Великобританія ведетъ войну ради выполненія международныхъ обязательствъ и для поддержки того принципа, что небольшія націи не могутъ быть въ противность международному праву сокрушаемы по произволу болѣе сильной державы».

Нарушеніе Германіей ею же гарантированнаго нейтралитета Бельгіи сдѣлало эту страну не только въ военномъ, но также и въ идейномъ смыслѣ, главной ареной борьбы за признаніе въ международныхъ отношеніяхъ культурныхъ государствъ существованія нравственныхъ и правовыхъ основъ, о которыхъ упомянулъ премьеръ Англіи.

Однимъ изъ способовъ охраны небольшихъ государствъ явилось въ XIX вѣкѣ превращеніе ихъ въ замиренныя политическія единицы, нейтрализація ихъ, которая до извѣстной степени выключала эти государства изъ политическаго оборота.

Первымъ нейтрализованнымъ государствомъ была Швейцарія[1]). Признаніе ея постоянно нейтральнымъ государствомъ было предложено швейцарской делегаціей на Вѣнскомъ конгрессѣ и получило окончательное разрѣшеніе 20 ноября 1815 г. въ Парижскомъ «актѣ, устанавливающемъ признаніе и гарантію постояннаго нейтралитета и неприкосновенности ея территоріи».

На Вѣнскомъ же конгрессѣ городъ Краковъ былъ выдѣленъ изъ польскихъ земель и провозглашенъ независимымъ и нейтральнымъ, подъ покровительствомъ Россіи, Австріи и Пруссіи. Особыя обязательства, наложенныя на Краковъ ст. 9-й и лишавшія его права убѣжища въ отношеніи подданныхъ трехъ державъ-покро-

---

[1]) Правда, по Амьенскому мирному трактату 1802 г. островъ Мальта, незадолго до того оккупированный англичанами, долженъ былъ быть возвращенъ Мальтійскому ордену и былъ объявленъ при этомъ постоянно нейтральнымъ. Однако, договоръ этотъ не былъ приведенъ въ исполненіе, такъ какъ вскорѣ Англія возобновила войну, и о. Мальта остался въ ея владѣніи. См. Nys, Études de droit international, 2-e série, p. 92; Morand, Les origines de la neutralité perpétuelle, въ «Revue générale d. droit intern. public», t. I, 528 ss.

Digitized by Google

вительницъ, дѣлали независимое существованіе этого государства — города иллюзорнымъ и въ 1846 г., несмотря на протестъ Англіи и Франціи, онъ былъ съ согласія Пруссіи и Россіи присоединенъ къ Австріи.

На Лондонской конференціи 1830 г., рѣшавшей судьбу бельгійскихъ провинцій, отложившихся отъ Голландіи, было постановлено образовать изъ нихъ самостоятельное государство и объявить его постоянно нейтральнымъ съ гарантіей нейтралитета пятью великими державами, что и было сдѣлано договорами 1831 и 1839 гг.[1]).

Подъ гарантію великихъ державъ былъ поставленъ и установленный въ 1867 г. постоянный нейтралитетъ Люксембурга.

Наконецъ, изъ не-европейскихъ государствъ постоянно нейтральными были: Конго, во все время своего существованія какъ государства (1885—1908 гг.) и острова Самоа. Нейтрализація этихъ государствъ преслѣдовала особыя цѣли и имѣла иной характеръ, чѣмъ предыдущія. Ст. 10-я генеральнаго акта Берлинской конференціи 1885 г. объясняетъ желательность постояннаго нейтралитета Конго тѣмъ, что это дастъ «новую гарантію безопасности торговли и промышленности и будетъ содѣйствовать развитію цивилизаціи» въ земляхъ бассейна Конго[2]).

По договору, заключенному въ 1889 г. между Германіей, Англіей и Соединенными Штатами, эти государства установили совмѣстный протекторатъ надъ островами Самоа и объявили ихъ нейтральными (Ст. I. «It is declared that the Islands of Samoa are neutral territory»). Сами авторы договора понимали, что это временная комбинація, цѣль которой отсрочить оккупацію этихъ острововъ со стороны одной изъ заинтересованныхъ въ этомъ державъ. Договоръ регулировалъ не отношенія между Самоа и другими государствами, а главнымъ образомъ взаимныя отношенія между тремя заключившими его державами. Въ 1899 г. острова были окончательно подѣлены между этими тремя государствами[3]).

---

[1]) Голландія только признала, но не гарантировала нейтралитетъ Бельгіи.

[2]) Для исторіи установленія постояннаго нейтралитета отдѣльныхъ государствъ см. бар. Б. Э. Нольде, Постоянно нейтральное государство, 1905 г.; Nys, Études, 2-e série, 61—130; Rivier, Principes du droit des gens, t. I, 111—119; Milovanowitch, Les traités de garantie au XIX siècle, 1888; Schopfer, Le principe juridique de la neutralité et son évolution dans d'histoire du droit de la guerre, 1894, 189—264; кромѣ того, для Бельгіи — Descamps, La neutralité de la Belgique, 1902; для Швейцаріи — Hilty, Die Neutralität der Schweiz, 1889, и Schweizer, Geschichte d. Schweizerischen Neutralität, 1895.

[3]) См. статью, Moye, La question des îles Samoa, въ «Revue générale d. dr. intern. publ.», t. VI, 125—140.

Digitized by Google

Говоря вообще, подъ нейтральнымъ разумѣютъ такое государство, которое не участвуетъ ни прямо ни косвенно во враждебныхъ дѣйствіяхъ, возникшихъ между другими государствами [1]). Обыкновенно въ началѣ войны такія государства заявляютъ о своемъ нейтралитетѣ. Можетъ показаться, что постоянно нейтральное государство есть просто такое государство, которое заранѣе, на всѣ будущіе случаи, заявило о своемъ невмѣшательствѣ въ вооруженныя столкновенія между другими государствами и объ отказѣ самому начинать войну. Однако между этими двумя видами нейтралитета есть существенная разница. Обычное заявленіе о нейтралитетѣ во время войны дѣлается въ интересахъ самого нейтральнаго, а постоянная нейтрализація государства устанавливается главнымъ образомъ въ интересахъ (военныхъ и политическихъ) другихъ государствъ. Въ Вѣнской декларації о Швейцарскихъ дѣлахъ 20 марта 1815 г. прямо выражена та мысль, что постоянный нейтралитетъ Швейцаріи вызванъ общимъ интересомъ Европы [2]).

Относительно Бельгіи та же мысль выражена была въ 11-мъ протоколѣ Лондонской конференціи. Постановляя, что Бельгія образуетъ государство вѣчно нейтральное, участники конференціи заявили, что они считаютъ эту нейтрализацію необходимой во имя общихъ своихъ интересовъ и ради спокойствія Европы [3]).

Объявленіе Люксембурга постоянно-нейтральнымъ также было вызвано стремленіемъ укрѣпить общій миръ въ Европѣ [4]).

Тѣмъ обстоятельствомъ, что при нейтрализаціи государствъ имѣлись въ виду прежде всего извѣстные общіе интересы другихъ государствъ, главнымъ образомъ великихъ державъ, объясняются нѣкоторыя особенности этого института. Прежде всего, изъ этого слѣдуетъ, что государство не можетъ односторонним актомъ сдѣлать себя постоянно нейтральнымъ подобно тому, какъ оно можетъ заявить о простомъ своемъ нейтралитетѣ во время войны [5]). Безъ договора о постоянномъ нейтралитетѣ подобный односторонній актъ, не обязывающій другія государства, никакого международнаго эффекта имѣть не будетъ [6]). Преобладаніе общихъ интере-

---

[1]) Despagnet, Cours de droit international public, p. 796.

[2]) Также и въ Актѣ 20 ноября того же года указывается, что нейтрализація установлена «dans les vrais intérêts de l'Europe entière».

[3]) Справедливость требуетъ отмѣтить, что вмѣсто интересовъ Европы иногда правильнѣе было бы говорить объ интересахъ великихъ державъ. См. Nys, Notes sur la neutralité, въ «Revue de droit international», 1901, p. 15.

[4]) Eyschen, La position du Luxembourg selon le droit des gens, въ «Revue de droit international», 1899, стран. 11.

[5]) Противоположнаго мнѣнія держится Ф. Мартенсъ.

[6]) Нольде, стран. 477; Descamps, p. 309; Hagerup, La neutralité permanente, въ «Revue générale d. dr. intern. public», t. XII, p. 584 ss.

Digitized by Google

совъ сказывается далѣе въ томъ, что соотвѣтствующіе договоры говорятъ не просто о признаніи нейтралитета, но также и о гарантіи его отъ возможныхъ нарушеній со стороны другихъ государствъ. Дѣйствительно, акты, устанавливающіе нейтрализацію европейскихъ государствъ, всѣ содержатъ упоминаніе о гарантіи [1]).

Лондонскимъ договоромъ 1867 г. нейтралитетъ Люксембурга поставленъ «sous la sanction de la garantie collective des puissances signataires», а договоръ о Бельгіи 1839 г. говоритъ просто «sous la garantie». Основываясь на этомъ, была сдѣлана попытка провести различіе между гарантіей коллективной и гарантіей индивидуальной. Согласно мнѣнію, высказанному въ 1867 г. статсъ-секретаремъ по иностраннымъ дѣламъ Stanley, прибавка слова «коллективный» означаетъ, что, въ случаѣ нарушенія нейтралитета Люксембурга, всѣ подписавшія договоръ державы могутъ быть приглашены къ совмѣстнымъ дѣйствіямъ, но что ни отъ одной изъ нихъ нельзя требовать сепаратнаго выступленія [2]).

Подобное толкованіе представляется неправильнымъ уже потому, что на Лондонской конференціи предложеніе о внесеніи въ договоръ фразы о коллективной гарантіи исходило отъ делегата Пруссіи, который прямо заявилъ, что этимъ параграфомъ имѣется въ виду поставить нейтралитетъ Люксембурга подъ защиту, аналогичную той, которая дана бельгійскому нейтралитету. Между тѣмъ, вытекающая изъ точки зрѣнія Stanley на коллективную гарантію необходимость предварительнаго соглашенія гарантовъ въ случаѣ нарушенія нейтралитета, — неизбѣжно ведетъ къ промедленію въ принятіи мѣръ защиты и, слѣдовательно, дѣлаетъ охрану нейтралитета Люксембурга, сравнительно съ Бельгіей, болѣе проблематичной.

Относительно Бельгіи, гарантія нейтралитета которой, по Stanley, носитъ индивидуальный характеръ, Англія твердо держалась того взгляда, что на ея защиту можетъ выступить любая изъ гарантировавшихъ ея нейтралитетъ державъ. Она такъ и поступила во время франко-прусской войны, заключивъ два договора, одинъ съ Пруссіей и ея союзниками, другой съ Франціей (9 и 11 августа 1870 г.). Содержаніе обоихъ тождественно. Франція и Пруссія подтверждаютъ сдѣланныя ими раньше заявленія о своемъ рѣшеніи соблюдать нейтралитетъ Бельгіи до тѣхъ поръ, пока противникъ не нарушитъ его. А Англія объявляетъ, что, въ случаѣ, если армія одной изъ воюющихъ сторонъ нарушитъ этотъ нейтралитетъ, она

---

[1]) Относительно Кракова слово гарантія замѣнено выраженіемъ «s'engagent à respecter et à faire respecter la neutralité», что по существу одно и то же.

[2]) Piccioni, Essai sur la neutralité perpétuelle, 1891, стран. 16—19; Milovanowitch, op. cit, стран. 52 и сл.; подробно у Eyschen въ цит. выше статьѣ.

Digitized by Google

готова предоставить свои сухопутныя и морскія военныя силы для совмѣстной съ другой стороной защиты Бельгіи. Помощь Англіи ограничивается только защитой бельгійскаго нейтралитета. Договоры эти прекращаютъ свое дѣйствіе по прошествіи одного года послѣ ратификаціи мирнаго трактата между воюющими.

Договоры 9 и 11 августа 1870 г. интересны въ двухъ отношеніяхъ. Во-первыхъ, какъ образецъ практическаго выполненія гарантіи нейтралитета; во-вторыхъ, что неоднократно подчеркиваетъ Descamps[1]), какъ признаніе того факта, что нарушеніе одной изъ воюющихъ сторонъ Бельгійскаго нейтралитета не аннулируетъ дѣйствія договора 1839 г. для другой стороны, и что, наоборотъ, съ этого момента наступаетъ для послѣдней обязанность активно защищать его.

Нейтралитетъ Швейцаріи, Бельгіи и Люксембурга гарантированъ подписавшими соотвѣтственные акты государствами. Слѣдуетъ ли изъ этого, что только на нихъ лежитъ обязанность защищать его отъ нарушенія? Не является ли поэтому излишнимъ для нейтрализованнаго государства содержаніе войска и крѣпостей? Не будетъ ли это актомъ недовѣрія къ международной охранѣ, торжественно принятой на себя великими державами? Въ этомъ смыслѣ разрѣшился вопросъ относительно Люксембурга. «Такъ какъ великое герцогство Люксембургъ нейтрализовано... то сохраненіе или сооруженіе укрѣпленныхъ мѣстъ на его территоріи потеряло необходимость и назначеніе». «Поэтому и городъ Люксембургъ отнынѣ не будетъ болѣе укрѣпленнымъ городомъ, укрѣпленія будутъ срыты, и великій герцогъ обязуется держать только то количество военныхъ силъ, которое необходимо для поддержанія порядка» (ст. 3 и 5 договора 1867 г.). И въ настоящее время это маленькое государство, съ населеніемъ, едва превышающимъ четверть милліона, имѣетъ всего нѣсколько сотъ жандармовъ и волонтеровъ.

Разоруженіе Люксембурга объясняется, во-первыхъ, очень важнымъ стратегическимъ значеніемъ крѣпости Люксембургъ и, во-вторыхъ, ничтожнымъ сопротивленіемъ, которое онъ могъ бы оказать своимъ могущественнымъ сосѣдямъ.

Относительно Швейцаріи и Бельгіи дѣло обстоитъ иначе. Имъ предоставлено право самостоятельной защиты. Больше того. Защита своего нейтралитета составляетъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, ихъ международную обязанность, такъ какъ нейтрализація этихъ государствъ установлена въ интересахъ международнаго союза. Такую точку зрѣнія относительно Швейцаріи защищали двѣ монографіи,

---

[1]) Op. cit., стран. 328, 552, 554.

Digitized by Google

вышедшія черезъ нѣсколько лѣтъ послѣ провозглашенія ея нейтралитета. Авторы ихъ считаютъ, что установленный въ интересахъ Европы нейтралитетъ поставленъ подъ защиту какъ европейскихъ державъ, такъ и самой Швейцаріи, для которой эта защита является священной обязанностью [1]). Нѣкоторые авторы утверждаютъ то же самое и относительно Бельгіи.

Надо признать, что подобный взглядъ на оборону своей страны, какъ на международную обязанность, преувеличиваетъ объемъ обязанностей, налагаемыхъ на государство его нейтрализаціей. Если для просто нейтральнаго государства во время войны забота о своей защитѣ является правомъ, которымъ оно вольно пользоваться по своему усмотрѣнію, то и въ отношеніи постоянно нейтральнаго государства вопросъ долженъ быть разрѣшенъ такъ же. И то обстоятельство, что великія державы при нейтрализаціи отдѣльныхъ государствъ преслѣдовали прежде всего свои интересы, приводитъ только къ обязанности защиты нейтралитета самими гарантами. Возможно, конечно, что государства, давшія гарантію, не пожелаютъ активно выступить на защиту нарушаемаго нейтралитета [2]). Въ такомъ случаѣ отпадаетъ международно-правовая охрана нейтралитета, и нейтрализованному государству остается лишь предоставленное каждому независимому государству право обороняться собственными силами. Право обороны есть національный долгъ, а не международная обязанность.

Это право было опредѣленнымъ образомъ подтверждено въ 1867 г. Въ декларації, приложенной къ договору по предложенію бельгійскаго делегата, было сказано: «Само собой подразумѣвается, что ст. 3 (о разоруженіи Люксембурга) не посягаетъ нисколько на право другихъ нейтральныхъ государствъ сохранять и, по мѣрѣ надобности, улучшать свои укрѣпленія и другія средства защиты». А что это право является и національнымъ долгомъ, отъ выполненія котораго иногда зависитъ и самое уваженіе къ нейтралитету, и помощь гаранта, видно хотя бы изъ словъ бельгійскаго министра Thonissen'a, сказанныхъ въ засѣданіи парламента 9 іюня 1887 г. во время обсужденія вопроса объ укрѣпленіяхъ въ долинѣ рѣки Маасъ. Онъ напомнилъ, что въ 1870 г. обѣщанію помощи со стороны Англіи предшествовало принятое Бельгіей обязательство принести самой всѣ жертвы для защиты своего нейтралитета». Точно такъ же

---

[1]) у Нольде, стран. 347—348.

[2]) Въ 1870 г. Англія предложила присоединиться къ заключеннымъ ею вышеупомянутымъ договорамъ (съ Франціей и Пруссіей) также Россіи и Австріи — государствамъ, тоже гарантировавшимъ нейтралитетъ Бельгіи. И та, и другая отвѣтили отказомъ обязаться защищать Бельгію военными силами. (См. Нольде, стран. 337—338.)

Digitized by Google

и Франція, сказалъ онъ, «запросила насъ, намѣрены ли мы защищаться и въ состояніи ли мы это сдѣлать: въ отвѣтъ на наше формальное завѣреніе въ этомъ она заявила, что будетъ уважать нашъ нейтралитетъ»[1]).

Чтобы покончить съ вопросомъ объ оборонѣ, слѣдуетъ еще вспомнить о такъ называемомъ правѣ поголовнаго возстанія (levée en masse). Это право, которымъ очень дорожатъ небольшія государства, особенно, если они обладаютъ не регулярной арміей, а милиціей. Оно даетъ имъ возможность использовать всѣ силы страны и этимъ хоть нѣсколько компенсируетъ недостатокъ въ вооруженныхъ силахъ. Важно это право и потому, что оно позволяетъ такимъ государствамъ лучше организовать партизанскую войну, не опасаясь навлечь на населеніе всѣ невыгодныя послѣдствія, которыя иначе понесетъ мирное населеніе, принявшее участіе въ военныхъ дѣйствіяхъ. Противоположность большихъ и малыхъ государствъ въ этомъ вопросѣ ясно сказалась и на Брюссельской конференціи 1874 г., и на Гаагской 1899 г., и вопросъ былъ рѣшенъ только наполовину. Право браться за оружіе при приближеніи непріятеля безъ предварительнаго образованія добровольческихъ отрядовъ, — для чего необходимо удовлетворять опредѣленнымъ условіямъ, — предоставлено только населенію еще незанятой непріятелемъ территоріи. Приэтомъ требуется, чтобы возставшіе соблюдали законы и обычаи войны[2]). (Въ 1907 г. было прибавлено еще одно требованіе — открыто носить оружіе.)

Изъ самой сущности постоянно нейтральнаго государства слѣдуетъ, что они не въ правѣ заключать политическихъ союзовъ, которые могутъ вывести ихъ изъ состоянія нейтралитета. Доктрина, за немногими исключеніями[3]), отмѣчаетъ это ограниченіе международной правоспособности подобныхъ государствъ. И практика Швейцаріи и Бельгіи подтверждаетъ это. Когда возникли слухи о заключеніи оборонительнаго союза между Бельгіей и Голландіей, бельгійская печать, опровергая эти слухи, подчеркнула, что Бельгія не имѣетъ права заключать политическіе союзы[4]). Въ 1848 г. Швейцарія отказалась отъ заключенія союза съ Сардинскимъ королевствомъ по тѣмъ же соображеніямъ. Нѣкоторые авторы дѣлаютъ исключеніе для союзовъ, заключаемыхъ въ цѣляхъ охраны нейтра-

[1]) у Piccioni, op. cit., p. 92.

[2]) Ст. 2. Положенія о законахъ и обычаяхъ сухопутной войны. См. Mérignhac, Les lois et coutumes de la guerre sur terre, 1903, стран. 76 и сл.; его же, La conférence internationale de la Paix, 1900, стран. 177 и сл.; Pillet, Le droit de la guerre, I, стран. 127 и слѣд.

[3]) Напр. Schweizer.

[4]) Milovanowitch, Les traités de garantie au XIX siècle, прим. 1 на стран. 28.

Digitized by Google

литета (Arendt, Piccioni, Despagnet, Oppenheim)[1]). Въ этомъ смыслѣ право заключенія союзовъ является необходимымъ дополненіемъ принадлежащаго и нейтрализованному государству права самообороны[2]).

Само собой разумѣется, что нейтрализованное государство не можетъ также принимать на себя гарантію нейтралитета другого государства. Это прямо признано въ договорѣ 1867 г., ст. 2-я котораго говоритъ, что нейтралитетъ Люксембурга поставленъ «подъ коллективную гарантію подписавшихъ настоящій трактатъ державъ, за исключеніемъ Бельгіи, которая сама нейтральна».

Нѣсколько сложнѣе вопросъ о таможенномъ союзѣ. Повидимому, нейтрализованное государство не ограничено въ своей международной правоспособности, поскольку она не касается войны; слѣдовательно, ему не воспрещается и заключеніе союзовъ въ интересахъ своей торговли и промышленности. Какъ говорилъ De la Nourais, «державы самымъ опредѣленнымъ образомъ связали Бельгію во всемъ, что касается войны, и тѣмъ самымъ молчаливо признали, что она свободна во всемъ, что касается мира»[3]).

Для Бельгіи вскорѣ послѣ отдѣленія ея отъ Голландіи вопросъ о правѣ вступать въ таможенный союзъ всталъ во всей своей остротѣ. Ея промышленность лишилась прекраснаго рынка — нидерландскихъ колоній, и естественно явилась потребность замѣнить чѣмъ-нибудь эту потерю, найти подходящій иностранный рынокъ. Этому могло способствовать заключеніе таможеннаго союза съ Франціей. Однако ни одна изъ попытокъ франко-бельгійской таможенной уніи не удалась. И слѣдуетъ отмѣтить, что тогда, когда переговоры шли успѣшно, они встрѣтились съ рѣшительнымъ протестомъ другихъ великихъ державъ, особенно Англіи, указывавшей, что таможенный союзъ Бельгіи съ Франціей несовмѣстимъ съ постояннымъ нейтралитетомъ.

И дѣйствительно, этотъ союзъ, по мнѣнію французскихъ государственныхъ дѣятелей, долженъ былъ принести экономическую выгоду одной Бельгіи, для Франціи же экономическія невыгоды союза должны были компенсироваться усиленіемъ ея политическаго вліянія въ Бельгіи и вообще въ Европѣ; она требовала, въ частности, передачи ей управленія таможнями на сѣверо-востокѣ Бельгіи. И англійскій министръ иностранныхъ дѣлъ откровенно говорилъ

---

[1]) Подробный обзоръ мнѣній по этому вопросу см. у R. Erich, Über Allianzen und Allianzverhältnisse nach heutigem Völkerrecht, 1907, стран. 74 и сл.

[2]) Такъ, Hilty, Die Neutralität der Schweiz, стран. 83, гдѣ онъ считаетъ нейтрализованныя государства условно правоспособными (sie sind bedingt allianzfähig).

[3]) Цит. у Нольде, стран. 299.

Digitized by Google

французскому послу въ Лондонѣ: «согласитесь, что Англія не можетъ благосклонно смотрѣть на французскихъ таможенныхъ чиновъ въ Антверпенѣ»[1]). Эта-то политическая тенденція предполагавшагося союза съ Бельгіей, ясно подчеркнутая Гизо[2]), и послужила главнымъ препятствіемъ къ его осуществленію. Многіе авторы справедливо находятъ, что таможенная унія Бельгіи съ Голландіей, напримѣръ, нисколько не компрометировала бы спеціальнаго международнаго положенія Бельгіи, какъ нейтральнаго государства. Таможенный союзъ, какъ всякое договорное отношеніе нейтральнаго государства, только тогда неправомѣренъ, когда онъ хотя бы эвентуально создаетъ препятствіе для сохраненія безусловнаго нейтралитета.

Для Люксембурга вопросъ былъ рѣшенъ иначе. Лондонской конференціей 1867 г. нейтрализація его была признана имѣющей по преимуществу военное значеніе (une neutralité essentiellement militaire) и онъ безпрепятственно остался въ Германскомъ таможенномъ союзѣ, членомъ котораго былъ уже съ 1842 года.

Идея замиренія небольшихъ государствъ, которая, въ формѣ гарантіи ихъ нейтралитета и неприкосновенности ихъ территоріи, обезпечиваетъ ихъ независимость, находитъ сторонниковъ какъ у нихъ, такъ и среди публицистовъ великихъ европейскихъ державъ. Въ особенности это касается трехъ скандинавскихъ государствъ — Даніи, Швеціи и Норвегіи. Господствуя надъ выходомъ изъ Балтійскаго моря, они не чувствуютъ себя въ безопасности отъ могущественныхъ сосѣдей въ силу самаго географическаго положенія своего. Къ нимъ можно примѣнить то, что баронъ Goethals сказалъ о Бельгіи: «Nous occupons un pays, qui dans nos mains n'est un danger pour personne et qui possédé par d'autres serait un danger pour tous»[3]). Нейтрализацію этихъ странъ защищали Fr. Baier въ Даніи, Ad. Hedin, глава радикаловъ въ шведскомъ парламентѣ, въ Швеціи. Съ проектомъ нейтрализаціи Даніи выступилъ въ 1903 г. и проф. Ф. Мартенсъ, при чемъ его проектъ встрѣтилъ, по его словамъ, сочувственное отношеніе въ высшихъ правительственныхъ сферахъ Россіи[4]).

Въ Голландіи, владѣющей обширными и богатыми колоніями, также раздаются голоса въ пользу желательности ея нейтрали-

---

[1]) Нольде, стран. 297.
[2]) Descamps, op. cit., 387.
[3]) Цит. у Descamps, op. cit., p. 433.
[4]) Waultrin, La neutralité, scandinave въ «Revue générale de droit intern. public», t. XI, стран. 5—42; Martens, La neutralisation du Danemark, въ «Revue des deux mondes», 1903, 15 nov., стран. 314—335; Нольде, цит. соч., стран. 472 и сл.

Digitized by Google

зации [1]). Многимъ образованіе изъ Эльзасъ-Лотарингіи постоянно нейтральнаго государства представлялось лучшимъ выходомъ изъ создавшагося послѣ франко-прусской войны положенія. Затѣмъ въ 1884 г. Англія заявила заинтересованнымъ державамъ, что она представитъ проектъ нейтрализаціи Египта на началахъ, опредѣляющихъ международное положеніе Бельгіи. Интересно отмѣтить, что въ 1863 г. Англія зондировала почву, какъ отнесется правительство Греціи къ ея нейтрализаціи. Греческій министръ-президентъ отвѣтилъ, что этотъ планъ не будетъ даже подвергнутъ въ Греціи обсужденію, такъ какъ «такой нейтралитетъ былъ бы признанъ нами за политическую смерть, на которую мы никогда не согласились бы» [2]).

По поводу всѣхъ этихъ проектовъ не мѣшаетъ вспомнить нѣкоторыя политическія предпосылки постояннаго нейтралитета. Еще въ 1842 г. комментаторъ бельгійскаго нейтралитета Arendt выставилъ условія, наличность которыхъ необходима для того, чтобы нейтрализація государства была успѣшна. По его мнѣнію, надо: во-первыхъ, чтобы оно было государствомъ второго ранга, не оказывающимъ вліянія на общую международную политику; во-вторыхъ, чтобы это было «государствомъ безъ исторической миссіи», и въ-третьихъ, чтобы его населеніе представляло ясно выраженный національный типъ и имѣло общія вѣковыя традиціи. Послѣднее условіе Piccioni предлагаетъ замѣнить другимъ, именно, чтобы нейтрализуемое государство по своимъ традиціямъ и рессурсамъ было бы жизнеспособно [3]). Только государство, которое удовлетворяетъ этимъ условіямъ, можетъ согласиться на тѣ ограниченія свободы дѣйствія, которыя налагаетъ на него постоянный нейтралитетъ.

Къ этому можно прибавить слѣдующее. Такъ какъ нейтрализація устанавливается не односторонне и не только въ интересахъ нейтрализуемаго, но въ формѣ договора между заинтересованными въ ней державами, и такъ какъ этотъ договоръ и на нихъ налагаетъ опредѣленныя обязанности и также стѣсняетъ свободу ихъ дѣйствія въ отношеніи постоянно-нейтральнаго, — необходимо еще одно условіе: нейтрализація даннаго государства должна представлять для другихъ державъ цѣнность, превышающую невыгоды отъ того обстоятельства, что нейтрализованное государство становится въ извѣстномъ смыслѣ (напр., относительно права завоеванія), такъ сказать, res extra commercium.

---

[1]) См. статью v. d. Mandere, Ist eine permanente Neutralität des niederländischen Staatsgebietes möglich und erwünscht? въ «Zeitschrift fur Völker recht und Bundesstaatsrecht», Bd VI, стран. 322—337.

[2]) См. Нольде, цит. соч., стран. 417—418.

[3]) Piccioni, op. cit., p. 53.

Digitized by Google

Фактъ нарушенія Германіей нейтралитета Бельгіи и Люксембурга вызвалъ у многихъ скептическое отношеніе къ институту постояннаго нейтралитета: онъ оказался необезпеченнымъ отъ нарушенія со стороны того, кто самъ его торжественно гарантировалъ. Если однако отъ факта нарушенія перейти къ его послѣдствіямъ, выводъ получится не столь пессимистичный. Въ настоящее время можно сказать съ большой степенью вѣроятности, что, если бы Германія потратила тѣ силы и то время, которыя ушли у нея на обезпеченіе себѣ прохода во Францію черезъ Бельгію, непосредственно противъ Франціи, наступая съ Эльзасъ-Лотарингской границы, — ея положеніе было бы выгоднѣе. Не было бы, по крайней мѣрѣ до пораженія Франціи, вмѣшательства въ войну Англіи, не пришлось бы преодолѣвать упорнаго, геройскаго сопротивленія бельгійцевъ, не выросло бы враждебное отношеніе къ ней во многихъ нейтральныхъ странахъ, понявшихъ, что побѣда такой Германіи принесла бы съ собой циничный культъ силы въ отношеніяхъ между народами. Оказалось, что нарушеніе договоровъ 1839 и 1867 гг., которые имперскій канцлеръ назвалъ «клочкомъ бумаги», есть не только неисполненіе принятыхъ на себя международныхъ обязательствъ, но и актъ политически невыгодный. Оказалось далѣе, что существующія нынѣ нейтрализованныя государства составляютъ необходимую часть политической системы современной Европы. И въ этомъ совпаденіи правового принципа постояннаго нейтралитета съ требованіями реальной политики лежитъ залогъ того, что этотъ принципъ выйдетъ только окрѣпшимъ изъ испытанія. Необходимость охраны небольшихъ культурныхъ государствъ прекрасно выражена въ рѣчи Гладстона въ палатѣ общинъ, во время обсужденія договоровъ 1870 г. съ Франціей и Пруссіей. «Конечно,—сказалъ онъ,—мы защищаемъ нейтралитетъ Бельгіи, какъ это сдѣлали бы всѣ европейскія державы, потому что она служитъ препятствіемъ чрезмѣрному усиленію одной изъ нихъ. Но нами руководитъ не только интересъ Англіи. Есть соображеніе болѣе высокаго свойства, которое заставляетъ насъ придавать особенную цѣну сохраненію независимости Бельгіи. Что представляетъ изъ себя эта страна? Это — страна съ пятимилліоннымъ населеніемъ, съ великимъ историческимъ прошлымъ, съ національнымъ чувствомъ столь же чистымъ и пламеннымъ, какъ и то, которое заставляетъ биться сердца наиболѣе могущественныхъ націй. Тѣмъ, какъ она вела свои внутреннія дѣла среди кризисовъ и революціонныхъ потрясеній, Бельгія подала Европѣ примѣръ одновременно хорошаго, твердаго правительства и самаго широкаго развитія общественной свободы. Среди моихъ слушате-

Digitized by Google

лей нѣтъ ни одного, который, имѣя въ виду характеръ подобной страны, не понялъ бы, что поглощеніе Бельгіи съ цѣлью удовлетворить жадные аппетиты прозвучало бы въ Европѣ, какъ похоронный звонъ публичному праву и международнымъ законамъ. Въ независимости Бельгіи Англія имѣетъ интересъ большій, чѣмъ тотъ, который заключается въ буквальномъ исполненіи гарантіи, которую она дала; этотъ интересъ находится въ отвѣтѣ на слѣдующій вопросъ: Англія, надѣленная такой силой и вліяніемъ, будетъ ли присутствовать безучастнымъ зрителемъ при совершеніи самаго жестокаго изъ преступленій, когда-либо осквернившаго страницы исторіи, и сдѣлаетъ ли она этимъ себя соучастницей въ немъ?» [1])

А. Нерсесовъ.

---

[1]) Приведено у Nys, въ «Revue», стран. 44.

Digitized by Google

Современное опредѣленіе территоріальнаго моря.

Господствовавшее въ прежнее время опредѣленіе территоріальнаго моря (или по русской терминологіи берегового)[1]) въ 3 морскихъ мили[2]) отъ линіи наибольшаго отлива, мало-по-малу, стало признаваться недостаточнымъ, какъ несоотвѣтствующее интересамъ прибрежныхъ государствъ[3]). Въ опредѣленіи пространства территоріальнаго моря стали возвращаться къ традиціи постглоссаторовъ (Бартолъ), при чемъ, первое время, расширяли это пространство, подобно послѣднимъ, преувеличеннымъ образомъ. Такъ указомъ императора Александра I 1821 г., отмѣненнымъ въ 1824 г., береговыя воды въ Сѣверномъ океанѣ опредѣлялись въ 100 миль отъ азіатскаго и американскаго континентовъ. Впрочемъ, подобныя притязанія государствъ на воды, прилегающія къ ихъ владѣніямъ, дѣлались и до признанія территоріальнаго моря въ 3 мили. Напримѣръ, Англія неоднократно заявляла свое исключительное право на водныя пространства, ничуть не меньше тѣхъ, которыя устанавливались упомянутымъ русскимъ указомъ[4]). Отказавшись отъ подобныхъ увлеченій, а, съ другой стороны, потерявъ въ виду все возраставшей дальнобойности орудій ту опору, на которой

---

[1]) Большинство французскихъ писателей территоріальнымъ моремъ называютъ только береговое, а всѣ другія территоріальныя воды опредѣляютъ, какъ «eaux intérieures».

[2]) Разстояніе, соотвѣтствовавшее дальнобойности орудій и вытекавшее изъ правила голландца Бинкерсгука 1702 г.: «terrae potestas finitur, ubi finitur armorum vis» (власть надъ моремъ прекращается тамъ, гдѣ прекращается дѣйствіе орудія). И по русскому законодательству, территоріальное море опредѣлялось дальностью пушечнаго выстрѣла, такое опредѣленіе можно найти въ трактатахъ, заключенныхъ съ иностранными державами въ концѣ XVIII ст., и въ «Правилахъ для партикулярныхъ корсаровъ» 1787 г. Однако, опредѣленіе территоріальнаго моря въ 3 мили отсутствовало въ нашемъ законѣ вплоть до изданія Устава Таможеннаго 1892 г. (ст. 283 и 286). См. проф. И. А. Овчинниковъ, Территоріальное море («Морской сборникъ» 1899 г. № 1).

[3]) Особенно, интересамъ рыболовства, Kraemer, Recht der Küstenzonen in bezug auf die Fischerei, «Zeitschrift für Völkerrecht», 1913 г., стран. 126.

[4]) Nys, Le droit international, 1912 г., т. I, стран. 486 и 554.

Digitized by Google

зиждилось весьма неопредѣленное исчисленіе въ 3 мили[1]), отдѣльныя лица, а затѣмъ и государства начали опредѣлять пространство территоріальнаго моря по соображеніямъ охраны или защиты интересовъ государственныхъ и частныхъ лицъ. Едва ли не первый починъ въ этомъ направленіи сдѣлалъ русскій вице-канцлеръ, графъ Нессельроде, указавъ въ своей депешѣ отъ 10 марта 1837 г.[2]) на недостаточность трехмильной полосы. Изъ отдѣльныхъ лицъ можно еще указать на американскаго государственнаго секретаря Seward'a, который въ нотѣ своей 1864 г. англійскому представителю въ Вашингтонѣ предлагалъ: a) опредѣлять границу территоріальнаго моря всегда въ точныхъ цифрахъ, а не ставить ее въ зависимость отъ измѣнчивой дальности пушечнаго выстрѣла, b) увеличить принятое 3-мильное разстояніе до 5 миль и c) запретить воюющимъ начинать стрѣльбу ближе 8 миль отъ нейтральнаго берега. Далѣе отмѣтимъ предложеніе Института международнаго права 1894 г. о расширеніи территоріальнаго моря до 6 миль съ правомъ нейтральныхъ государствъ расширить во время войны это пространство до разстоянія пушечнаго выстрѣла[3]).

Нѣсколько ранѣе предложенія Института англійскій Custom Consolidation Act 1876 г. и такъ называемые Hoverings акты С.-Америки устанавливаютъ въ таможенныхъ интересахъ право контроля таможенныхъ крейсеровъ (остановка и осмотръ) всѣхъ судовъ, направляющихся въ отечественные порта въ предѣлахъ отъ 9 до 12 миль. Мексика въ рядѣ договоровъ съ другими государствами устанавливаетъ разстояніе въ 9 миль для осуществленія на морѣ своихъ правъ въ области таможеннаго надсмотра[4]). Преслѣдуя тѣ же цѣли, и въ Россіи изданъ 10 декабря 1909 г. законъ о расширеніи морской таможенной полосы на 12 миль, отъ линіи наибольшаго отлива.

---

[1]) Къ тому же, какъ говоритъ Raestad (La portée du canon, comme limite de la mer, territoriale) «jamais le respect de la côte n'a été maintenu de la terre par des canons placés sur le rivage; il n'a toujours été maintenu que par des garde-côtes ou par des navires de guerre». «Revue générale de droit internat. public», 1912 г., стран. 620.

[2]) По поводу задержанія русскими властями у Кавказскаго берега англійскаго судна «Lord Ch. Spencer». Ф. Мартенсъ, Собраніе трактатовъ и конвенцій, т. XII, стран. 66 слѣд.

[3]) Столь неудачное возвращеніе къ прежнему способу исчисленія дало поводъ проф. Овчинникову задать вопросъ, почему во время войны нейтральныя береговыя батареи пріобрѣтаютъ бо́льшую мѣстность? Ibid., стран. 32. Какъ это ни странно, Инст. м. пр. и до настоящаго времени остался при прежнемъ мнѣніи. Annuaire de l'Institut за 1912 г. (сессія въ Христіаніи), стран. 385 и 387.

[4]) Договоры съ Германіей 1882 г., Франціей 1885 г., Великобританіей 1888 г.

Digitized by Google

Итакъ, мы констатировали установленіе спеціальной зоны береговыхъ водъ для успѣшнаго осуществленія таможеннаго надсмотра, но не только это — опасность занесенія въ страну эпидемій вызываетъ необходимость санитарнаго надзора на извѣстномъ протяженіи отъ берега, и въ борьбѣ съ очагами холеры, чумы и желтой лихорадки государства уже съ половины прошлаго столѣтія вступили на путь международной регламентаціи [1]). Такъ, согласно Парижской конвенціи 1894 г., установлены въ этихъ цѣляхъ морскія санитарныя станціи въ Персидскомъ заливѣ и Красномъ морѣ, аналогичныя мѣры указаны и въ международномъ санитарномъ кодексѣ 1903 г.

Полиція благоустройства (напримѣръ, пользованіе лоцманами, охрана морскихъ кабелей) и безопасности — мѣры противъ морского разбоя и работорговли и мѣры для избѣжанія столкновеній (сигналы [2]), маяки) также вызываютъ установленіе особыхъ зонъ. И по этимъ вопросамъ существуетъ международная регламентація. Такъ, по Брюссельскому противоневольничьему акту 1890 г. [3]). установленъ особый запретительный поясъ, охватывающій западную часть Индійскаго океана съ Краснымъ моремъ и Персидскимъ заливомъ включительно.

Въ заключенномъ въ 1889 г. между южно-американскими государствами договорѣ о примѣненіи уголовныхъ законовъ на морѣ ширина территоріальныхъ водъ опредѣлена въ 5 миль. Британскимъ колоніальнымъ закономъ 1811 г. воспрещено иностраннымъ судамъ заниматься ловомъ жемчуга на нѣкоторыхъ зонахъ у острова Цейлона, отстоящихъ въ 6 — 21 миляхъ отъ берега. Далѣе, охрана рыбныхъ и звѣриныхъ промысловъ отъ иностранной конкуренціи и хищническихъ дѣйствій, какъ своихъ подданныхъ, такъ и иностранцевъ, побуждаетъ государства не только путемъ внутренняго законодательства, но и при помощи договоровъ между собой устанавливать особыя зоны, ширина конхъ опредѣляется интересами, ими преслѣдуемыми. Установленное Гаагскимъ договоромъ 1882 г. [4]),

---

[1]) Между прочимъ Венеціанской конвенціей 1892 г. было отмѣнено столь стѣснительное для морской торговли задержаніе въ карантинахъ и Парижской конвенціей 1894 г. введены 3 категоріи судовъ — незаразныя освобождаются немедленно, подозрительныя дезинфицируются и лишь безусловно опасныя задерживаются.

[2]) Ст. 10 русскихъ правилъ 1880 г. о сигналахъ спеціально для рыбачьихъ судовъ, имѣющая международный характеръ, не вводилась въ дѣйствіе по просьбѣ англичанъ, которые, однако, по случаю Гулльскаго инцидента 1904 г. съ англійскими рыбаками въ Нѣмецкомъ морѣ на Доггербанкѣ, упрекали Россію, что по ея винѣ не была регламентирована международная сигнализація на рыбачьихъ судахъ.

[3]) Въ болѣе раннихъ трактатахъ противъ негроторговли репрессивныя мѣры, принимаемыя державами, распространялись на 20 миль отъ берега.

[4]) Между Германіей, Бельгіей, Даніей, Франціей, Англіей и Голландіей

Digitized by Google

о рыболовствѣ въ Нѣмецкомъ морѣ, 3-мильное исчисленіе территоріальнаго моря признается недостаточнымъ для охраны рыбныхъ промысловъ, и на международномъ рыболовномъ конгрессѣ въ 1898 г. въ Бергенѣ была принята резолюція объ опредѣленіи территоріальнаго моря, въ интересахъ рыбнаго промысла въ 10 миль [1]). Въ тѣхъ же интересахъ англо-американскимъ третейскимъ рѣшеніемъ 1910 г. территоріальное море предложено расширить въ качествѣ максимума до 10 миль отъ сѣверныхъ береговъ Атлантическаго океана возлѣ Канады и Ньюфаундленда [2]). По договору 1907 г. Россіи съ Румыніей ст. 1 установлена 10-мильная полоса отъ дельты Дуная для упорядоченія рыболовства на Дунаѣ и Прутѣ [3]). Наконецъ, въ русскомъ законопроектѣ въ декабрѣ 1910 г., объ охранѣ морскихъ промысловъ устанавливается 12-мильная полоса, и однородныя постановленія содержатся въ общемъ уставѣ о рыболовствѣ, принятымъ Государственнымъ Совѣтомъ въ маѣ 1913 г. Не менѣе подробная регламентація въ опредѣленіи территоріальнаго моря вызвана была охраной котиковыхъ промысловъ.

Столкновенія по этому вопросу между подданными Англіи и С.-Америки, крейсера коей стали съ 1886 г. захватывать англійскія суда въ разстояніи 115 миль отъ берега, привели къ англо-американскому третейскому разбирательству 1892—93 гг. и договору о Беринговомъ морѣ, установившему особую запретную зону въ 60 миль вокругъ Прибыловыхъ острововъ и запретное время для охоты — май, іюнь и іюль. Одновременно съ этимъ и русское правительство заключило сначала съ Англіей въ 1893 г., а потомъ съ С.-Америкой въ 1894 г. договоры, согласно коимъ устанавливалась запретная полоса въ 10 миль вдоль русскаго берега на Тихомъ океанѣ и въ 30 миль вокругъ острововъ Командорскихъ и Тюленьяго [4]). Заключеніе этихъ договоровъ было вызвано съ одной стороны, хищническими набѣгами англійскихъ и американскихъ промысловыхъ шкунъ [5]), а съ другой стороны, протестами Англіи и

---

[1]) Вопросъ о морской границѣ возбуждался также на рыболовномъ конгрессѣ 1911 г. въ Римѣ, но не подвергся обсужденію, такъ какъ оказался невключеннымъ въ программу работъ.

[2]) Ловля рыбы въ названныхъ мѣстностяхъ составляетъ предметъ давнишнихъ споровъ между Англіей и С.-Америкой. Переговоры по заключенію договоровъ по этому вопросу въ 1783 г., 1818 г. и 1909 г. (такъ называемый договоръ Root-Bryce'a, по имени заключившихъ его уполномоченныхъ) показываютъ различныя фазы опредѣленія территоріальнаго моря.

[3]) «Nouveau recueil général de traités» подъ редакціей проф. Кильскаго унив. Трипеля.

[4]) Отошедшаго къ Японіи по Портсмутскому договору 1905 г.

[5]) Помимо того, что эти хищники истребляли безпощадно морскихъ котиковъ, вредное вліяніе ихъ выражалось еще въ томъ, что они спаивали водкой прибрежное инородческое населеніе съ цѣлью полученія котиковыхъ шкурокъ и безпрепятственнаго занятія своими промыслами.

Digitized by Google

С.-Америки противъ захвата ихъ нашими военными крейсерами. 3-мильное пространство территоріальнаго моря оказалось совершенно недостаточнымъ для защиты котиковъ, такъ какъ послѣдніе, какъ выяснилось, уходятъ въ море въ поискахъ за пищей на довольно большое разстояніе отъ постоянныхъ лежбищъ [1]). Регламентація охраны котиковъ на этомъ не кончилась, — надо было парализовать еще дѣйствія японскихъ хищниковъ и на будущее время, и закрѣпить установленный порядокъ охраны въ виду временнаго характера вышеуказанныхъ договоровъ. Уже въ 1897 г. заключается новый русско-американско-японскій договоръ [2]), правда, опять временный, но въ опредѣленіи запретной зоны идущій значительно дальше предыдущихъ. Статьей 1-й этого договора договаривающіяся стороны соглашаются воспретить своимъ подданнымъ охоту на котиковъ въ Тихомъ океанѣ, Охотскомъ и Камчатскомъ моряхъ, за предѣлами 3-мильной полосы, въ теченіе одного года. Нынѣ дѣйствующій режимъ котиковаго промысла выработанъ былъ заинтересованными въ этомъ государствами (Россія, Англія, С.-Америка и Японія) на Вашингтонской конференціи 1911 г. и содержится въ описанной 24 іюня (7 іюля) того же года конвенціи [3]). Ст. 1-й этой конвенціи морская охота на котиковъ запрещается на время дѣйствія конвенціи [4]) въ сѣверныхъ водахъ Тихаго океана къ сѣверу отъ 30-й параллели сѣв. широты, включая моря Берингово, Камчатское, Охотское и Японское.

Итогъ сказанному по вопросу объ опредѣленіи территоріальнаго моря даетъ резолюція 1912 г. Ассоціаціи международнаго права, принятая въ 27-й (Парижской) сессіи. Резолюціей этой предлагается опредѣлять ширину территоріальнаго моря въ зависимости отъ осуществленія различныхъ функцій государственной жизни, какъ нейтралитетъ, рыболовство, таможенные интересы, карантинные, каботажъ и т. д. Въ частности опредѣленіе, въ какихъ предѣлахъ осуществляется каботажъ [5]) имѣетъ значеніе и во время

---

[1]) Проф. Овчинниковъ, op. cit., стран. 21 слѣд.

[2]) Англія отказалась въ немъ участвовать, несмотря на выраженное раньше согласіе.

[3]) Высочайше ратификованной 22 октября 1911 г., о чемъ Мин. Иностр. Дѣлъ отношеніемъ 11 декабря того же года за № 1321 увѣдомилъ Министра Юстиціи, предложившаго Правительсвующему Сенату опубликовать конвенцію.

[4]) Согласно ст. 16 послѣдняя сохраняетъ свое дѣйствіе въ теченіе 15 лѣтъ, этой же статьей предусматривается возможность ея дальнѣйшаго продолженія.

[5]) Или береговое судоходство, отъ испанскаго слова cabo — мысъ, состоитъ въ плаваніи отъ одного берегового пункта государства къ другому того же государства, причемъ товары, погруженные въ одной гавани, выгружаются въ другой гавани того же государства. Отъ берегового судоходства слѣдуетъ отличать постепенную выгрузку привезеннаго изъ-за границы товара въ различныхъ гаваняхъ одного и того же иностраннаго государства или принятіе, или пополненіе груза, предназначеннаго къ вывозу за границу.

Digitized by Google

войны. Занятіе каботажемъ въ нѣкоторыхъ государствахъ[1]) до сихъ поръ составляетъ исключительное право собственныхъ подданныхъ, и въ литературѣ международнаго права существуетъ воззрѣніе[2]), что, если каботажъ не былъ разрѣшенъ судамъ иностранныхъ флаговъ во время мира, то онъ[3]) не можетъ быть дозволенъ нейтральнымъ флагамъ и во время войны, и, если такое дозволеніе послѣдовало, то суда эти считаются непріятельскими и, слѣдовательно, подлежатъ захвату. Вопросъ этотъ обсуждался на Лондонской конференціи 1908—1909 гг. о правѣ морской войны, но остался безъ разрѣшенія — констатированъ былъ только протестъ нѣкоторыхъ делегацій противъ приведеннаго воззрѣнія[4]). Что же касается нашей призовой практики, то она въ войну нашу съ Японіей высказалась противъ этого воззрѣнія, какъ несогласнаго со смысломъ стт. 8 и 11 нашего Положенія о морскихъ призахъ 1895 г.[5]), въ силу коихъ совершеніе нейтральнымъ судномъ каботажнаго плаванія между непріятельскими портами не составляетъ нарушенія нейтралитета[6]). Наоборотъ, японскіе призовые суды держались англійской точки зрѣнія[7]), какъ это видно изъ

[1]) А также и въ нашемъ отечествѣ — указъ 1845 г. (Уст. Торг. ст. 184). Подобное ограниченіе правъ иностранцевъ есть одно изъ немногихъ, сохраняемыхъ до настоящаго времени въ національныхъ законодательствахъ, и въ томъ числѣ французскомъ, однако Германія предоставила право каботажа путемъ договоровъ значительному числу государствъ, и имѣть въ виду это обстоятельство во время войны очень важно, какъ увидимъ ниже. Недавній японскій законопроектъ также содержитъ ограниченія иностраннаго каботажа въ японскихъ водахъ, какъ реторсія за запрещеніе Англіей каботажа японскихъ судовъ вдоль береговъ Британской Индіи. «Вѣстникъ путей сообщенія», 1913 г. № 34, стран. 302.

[2]) И англійская практика формулировала его, какъ правило (rule of war) 1756 г. во время войны съ Франціей, когда послѣдняя предоставила нейтральнымъ судамъ подъ голландскимъ флагомъ право торговли съ французскими колоніями. Противъ англійской практики высказался актъ 1-го вооруженнаго нейтралитета 1780 г., согласно коему всѣ нейтральныя суда могутъ свободно плавать изъ порта въ портъ и по берегамъ воюющихъ.

[3]) А также торговля между метрополіей и колоніями, какъ напримѣръ, по французскому закону 1889 г. плаваніе между французскими гаванями и Алжиромъ можетъ производиться только подъ французскимъ флагомъ. См. Dupuis, le droit de guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines, 1899, стран. 151, и d'après les conférences de la Haye et de Londres, 1911, стран. 141.

[4]) См. объясненія редакціоннаго комитета конференціи ст. 46 — Proceedings of the International Naval Conference, held in London, стран. 364.

[5]) Эти же статьи цѣликомъ воспроизведены и въ новомъ изданіи названнаго Положенія 1914 г. (Приложеніе къ ст. 353 Морского Устава — кн. X Св. Морск. Пост.), Собр. узак. ст. 2212.

[6]) Рѣшеніе Высшаго приз. суда 20 ноября 1904 г. по дѣлу о захватѣ 12 іюля 1904 г. у береговъ Японіи германскаго парохода «Tea». Сборникъ рѣшеній Высшаго приз. суда, изд. юрисконсультской части Морского Министерства. Петроградъ, 1913 г. стран. 53.

[7]) Какъ, впрочемъ, и по другимъ вопросамъ морского международнаго права, о чемъ см. наши статьи въ журн. «Русское Судоходство», Петроградъ 1913 г., №№ 7, 8 и 10, и въ журн. «Мореплаваніе и Судоходство», Москва, 1914 г. мартъ.

Digitized by Google

дѣлъ о конфискаціи американскихъ пароходовъ «Австралія» и «Монтара»[1]).

Выше мы говорили о современномъ опредѣленіи территоріальныхъ водъ со стороны моря, теперь укажемъ, какимъ образомъ опредѣляютъ границу этихъ водъ съ берега. По этому вопросу существуютъ двѣ точки зрѣнія. Еще римское право опредѣляло границу территоріальнаго моря отъ линіи наибольшаго прилива, римскаго опредѣленія держится и французское законодательство[2]). И германскій писатель Перельсъ[3]), исходя изъ прежняго соображенія, что господство надъ моремъ опредѣляется силой оружія, считаетъ береговой границей территоріальнаго моря ту линію, на которой береговыя батареи находятся внѣ опасности отъ морскихъ волнъ при наибольшемъ приливѣ. Наоборотъ, опредѣленія береговой границы территоріальнаго моря отъ линіи наибольшаго отлива держится англійскій Territorial Waters Jurisdiction Act 1878 г.[4]) и вышеупомянутая рыболовная конвенція 1882 г., а также болѣе раннія Англіи съ Франціей 1839[5]) и 1867 гг. Институтъ международнаго права (въ Парижской сессіи 1894 г.) стоитъ на той-же точкѣ зрѣнія. Такого же опредѣленія (см. выше) держится и нашъ законъ 1909 г. о морской таможенной полосѣ. По мнѣнію проф. Овчинникова[6]), опредѣленіе отъ линіи наибольшаго отлива имѣетъ весьма значительное преимущество, очень удобное для моряковъ, которымъ приходится разрѣшать подобные вопросы. Дѣло въ томъ, что на англійскихъ и французскихъ морскихъ картахъ глубина моря, слѣдовательно, и береговая черта обозначается при наименьшемъ уровнѣ во время отлива. Такой способъ обозначенія вызывается желаніемъ обезопасить мореплаваніе на мелководныхъ мѣстахъ и полезенъ также для русскихъ моряковъ, такъ какъ даетъ возможность прямо отмѣривать по картѣ пространство территоріальнаго моря[7]). Нѣсколько

[1]) «Das japanische Prisenrecht in seiner Anwendung im japan.-russischen Kriege», Marstrand-Mecklenburg, Berlin, 1908 г., какъ указываетъ тотъ же авторъ, сами японцы фактически предоставили всѣмъ своимъ каботажнымъ компаніямъ пользоваться иностранными судами въ теченіе той же войны, хотя японскіе юристы опровергали этотъ фактъ отсутствіемъ формальнаго разрѣшенія.

[2]) Ordonnance de la marine 1681 г.: «Sera réputé bord et rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le grand flot de mars se peut étendre sur les grèves».

[3]) Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart, 1903 г., стран. 20.

[4]) «One marine league (=3 морскимъ милямъ) of the coast measured from the low watermark».

[5]) При чемъ за французами выговорено было исключительное право лова въ Гранвильской бухтѣ въ предѣлахъ 14-мильной полосы отъ берега.

[6]) Op. cit., стран. 5.

[7]) Противъ опредѣленія береговой границы отъ линіи наибольшаго отлива возстаетъ Fr. With, указывая, что «die faktische Herrschaft, die zur Zeit der

Digitized by Google

сложнѣе опредѣленіе территоріальнаго моря въ заливахъ и бухтахъ. Исходя изъ прежняго 3-мильнаго пространства теорія и практика присвоиваетъ территоріальный характеръ тѣмъ изъ нихъ, ширина коихъ при входѣ не превышаетъ 6 миль. Что же касается остальныхъ заливовъ и бухтъ, то исчисленіе территоріальнаго моря начинается въ нихъ отъ линіи, мысленно проведенной между обоими берегами въ разстояніи 10 миль[1]) между ними, но и это исчисленіе терпитъ исключенія, вызываемыя государственными соображеніями. Въ частности Англія никогда не считалась съ шириною входа врѣзывающихся въ сушу морскихъ бассейновъ и настойчиво поддерживаетъ свои суверенныя права на такъ называемыя King's Chambers, состоящія изъ комплекса прибрежныхъ водъ, ограничиваемыхъ мысленными прямыми линіями, проводимыми отъ одной до другой оконечности южной Англіи. Точно такъ же рядъ бухтъ по сѣверо-американскому побережью Англія считаетъ своими территоріальными водами безъ отношенія къ ширинѣ входа. Однако ту же свободу дѣйствій англичане не всегда склонны предоставлять другимъ націямъ. Когда въ 1896 г. русское правительство запретило рыболовство на Бѣломъ морѣ иностранцамъ, англійское правительство отказалось признать это запрещеніе, такъ какъ ширина входа въ Бѣлое море — свыше 20 миль; 30 апрѣля 1906 г. оно объявило Гулльскимъ рыбакамъ, что не признаетъ права юрисдикціи свыше разстоянія въ 3 мили[2]). Однако гулльскіе рыбаки не захотѣли воспользоваться этимъ объявленіемъ и рѣшили не входить въ Бѣлое море, ограничивъ свои операціи къ сѣверу отъ воображаемой линіи, соединяющей двѣ точки, находящіяся въ 3 миляхъ отъ мысовъ Канина и Святого. На этомъ основаніи депутатъ города Гулля въ своемъ запросѣ министру иностранныхъ дѣлъ Грею считалъ незаконнымъ задержаніе 8 іюля 1910 г. англійскаго шлюпа «Onward-Ho» русскимъ судномъ «Баку», задержавшимъ шлюпъ на разстояніи болѣе 43 миль отъ русскихъ береговъ къ сѣверу отъ указанной линіи, проведенной англійскими рыбаками.

Грей остался вѣренъ точкѣ зрѣнія, формулированной въ 1906 г., поддерживая ее въ своемъ отвѣтѣ гулльскому депутату[3]). Рус-

---

Ebbe über den Strand errungen werden kann, regelmässig nur von kurzer Dauer ist». With, Die Entwickelung der Theorie der Meeresfreiheit, Würzburg 1913 г.

[1]) 12 миль согласно постановленію Инст. м. пр. въ сессію 1912 г. въ Христіаніи, op. cit.

[2]) L'affaire de «l' Onward-Ho», Revue générale de droit international public, 1911 г., стран. 94 слѣд.

[3]) Любопытно отмѣтить, что Норвегія, не менѣе заинтересованная въ вопросѣ о Бѣломъ морѣ, не протестовала противъ русскихъ мѣропріятій, «Zeitschrift für Völkerrecht u. Bundesstaatsrecht», 1911 г., стран. 241.

Digitized by Google

ское же правительство осталось при своемъ мнѣніи и сняло эмбарго съ названнаго шлюпа только потому, что онъ былъ задержанъ внѣ запрещенной зоны. Въ пользу русской точки зрѣнія можно привести слѣдующія соображенія. Бѣлое море имѣетъ ту особенность, что въ теченіе $^3/_4$ года оно, такъ сказать, приковывается къ русской территоріи, теряя свой международный характеръ, присущій ему въ силу судоходнаго соединенія съ открытымъ моремъ [1]). А во время навигаціи мореплаваніе въ немъ такъ ограничено, что даетъ возможность закрыть вполнѣ доступъ въ него иностранцамъ, незначительная же глубина по сравненію съ океаномъ [2]) позволяетъ защищать берега съ достаточной эффективностью при помощи лишь нѣсколькихъ минъ. Наконецъ, нельзя забывать, что берега Бѣлаго моря населены слабо, никакихъ хлѣбныхъ злаковъ не произрастаетъ въ этихъ приполярныхъ странахъ и рыболовство есть единственный источникъ существованія для мѣстныхъ жителей [3]).

Само англійское правительство, проводя въ отношеніи къ своимъ территоріальнымъ водамъ «теорію мысовъ» (headlands) [4]) утверждаетъ, что обладаніе мысами даетъ бо́льшую силу для господства надъ заключенными за ними водами и безопасность государства дѣлаетъ необходимымъ болѣе полное господство надъ бухтами и заливами, заключенными между его территоріями, нежели надъ открытымъ воднымъ пространствомъ. Кромѣ того, другія націи имѣютъ менѣе прямые интересы въ бухтахъ и заливахъ, если эти послѣдніе, какъ обыкновенно бываетъ, не лежатъ на большихъ морскихъ путяхъ. И та же Англія не опротестовала изданнаго норвежскимъ правительствомъ воспрещенія заниматься иностранцамъ рыбной ловлей въ Варангерскомъ заливѣ, несмотря на то, что ширина его входа равна 32 милямъ. Съ русской точки

---

[1]) Листъ-Грабарь, Международное право, 1912 г., стран. 109. «Внутренними морями . . . . . называются такія, которыя находятся въ судоходномъ соединеніи съ открытымъ моремъ. Они подлежатъ территоріальному верховенству одного окружающаго ихъ прибрежнаго государства лишь въ томъ случаѣ, если это государство вполнѣ господствуетъ надъ соединеніемъ ихъ съ моремъ, чего нельзя сказать о Бѣломъ морѣ въ виду указанной ширины входа въ него.

[2]) Между мысами Святымъ и Канинымъ — около 40 саженъ, южнѣе, около Терскаго берега, до 30, а у Канинскаго берега — значительно менѣе. Семеновъ, Географическій словарь, т. I. Петроградъ 1863 г., стран. 361.

[3]) Характеръ Финскаго залива, какъ русскихъ территоріальныхъ водъ, но со стратегической точки зрѣнія доказываетъ проф. Овчинниковъ, op. cit., стран. 29 слѣд.

[4]) При разбирательствѣ передъ третейскимъ судомъ въ Гаагѣ спора съ С.-Америкой относительно правъ рыбной ловли у Ньюфаундленда и сосѣднихъ британскихъ владѣній. Изв. Министерства Иностранныхъ Дѣлъ 1912 г., кн. V; Revue générale de droit intern. public, 1912 г.

Digitized by Google

зрѣнія заслуживаютъ вниманія старанія норвежской комиссіи [1]), занимавшейся вопросомъ о морской границѣ, выяснить, что площадь закрытыхъ водъ указаннаго залива съ давнихъ поръ опредѣлялась линіей, проведенной отъ мыса Кибергни до устьевъ пограничной рѣки Ворьемы [2]). По утвержденію норвежскихъ свѣдущихъ людей граница эта, будто бы, всегда признавалась русскими рыбаками.

Въ заключеніе перейдемъ къ вопросу объ юрисдикціи государства въ предѣлахъ территоріальнаго моря. Здѣсь можно отмѣтить два воззрѣнія — французское и англійское [3]). Согласно первому [4]) прибрежное государство только тогда имѣетъ юрисдикцію по отношенію къ деликтамъ, совершеннымъ на иностранномъ суднѣ, когда такимъ деликтомъ нарушены или подвержены опасности интересы самого прибрежнаго государства или кого-либо изъ его подданныхъ. Въ частности, прибрежному государству принадлежитъ судебная власть въ случаѣ несчастій съ судами, напримѣръ, столкновенія, даже, если оба столкнувшихся судна принадлежатъ къ чужой національности или оба плаваютъ подъ иностраннымъ флагомъ [5]). Суды прибрежныхъ государствъ устанавливаютъ въ этихъ случаяхъ согласно своему отечественному праву виновность прикосновенныхъ къ дѣлу шкиперовъ и гражданскія [6]), и уголов-

---

[1]) Назначенной норвежскимъ правительствомъ по поводу задержанія норвежскими властями въ норвежскихъ водахъ въ мартѣ 1911 г. англійскаго тралера «Лордъ Робертсъ».

[2]) Россіи принадлежитъ только половина южнаго прибрежья залива отъ мыса Нѣмецкаго до устья Ворьемы, служащей пограничной чертой по разграниченію, произведенному въ 1826 г. русскимъ полковникомъ Галяминымъ и норвежскимъ майоромъ Мейлендорфомъ. Семеновъ, Географическій словарь, т. I. Петроградъ, 1863 г., стран. 394 и 560.

[3]) Согласно коему правонарушеніе, совершенное лицомъ, безразлично, состоитъ ли оно въ англійскомъ подданствѣ или нѣтъ, въ территоріальныхъ водахъ Великобританіи, подсудно англійскимъ судамъ, даже, если это правонарушеніе имѣло мѣсто на иностранномъ суднѣ. Territorial Waters Jurisdiction. Act. 1878 г.

[4]) Выраженному въ рѣшеніи французскаго Conseil d'Etat 1806 г. и въ договорахъ Франціи (также Германіи) съ различными государствами, при этомъ Инст. м. пр. (сессія въ Христіаніи) дѣлаетъ весьма существенную оговорку, какъ бы приближаясь къ англійскому воззрѣнію, «les crimes et délits commis à bord de navires étrangers de passage dans la mer territoriale... sont comme tels en dehors de la juridiction de l'Etat riverain, a moins qu'ils n'impliquent une violation des droits ou des intérêts de l'Etat riverain...» и подчиняетъ безусловной юрисдикціи прибрежнаго государства суда «de toutes nationalités, par le seul fait qu'ils se trouvent dans les eaux territoriales, à moins qu'ils n'y soient seulement de passage, op. cit., ibidem.

[5]) Германскій законъ 1877 г., англійскій законъ 1878 г.

[6]) Поэтому судохозяину, бельгійскому подданному, было отказано голландскимъ судомъ въ искѣ объ убыткахъ, вызванныхъ столкновеніемъ въ голландскихъ водахъ, на томъ основаніи, что національный законъ истца, допускающій подобный искъ, примѣнимъ только въ Бельгіи. «Journal Clunet» 1911 г., стран. 1332. Правовое основаніе такого порядка мы находимъ

Digitized by Google

ныя послѣдствія этой виновности, равнымъ образомъ на туземныхъ исполнительныхъ органахъ лежитъ обязанность привести въ исполненіе установленныя судомъ послѣдствія правонарушенія. Согласно тому же воззрѣнію охрана внутренняго порядка на торговыхъ судахъ, стоящихъ на якорѣ въ чужихъ водахъ, принадлежитъ исключительно національнымъ консуламъ, которые должны сами разрѣшать тяжбы между шкипером, офицерами, матросами и лицами, внесенными въ списокъ экипажа, но мѣстная власть имѣетъ право вмѣшаться, если безпорядки нарушаютъ общественное спокойствіе въ странѣ или въ порту или къ нимъ будутъ причастны мѣстные жители или лица, не входящія въ составъ экипажа. Къ французскому воззрѣнію примыкаетъ и русская практика. По вопросу о гражданской подсудности можно привести рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената отъ 14 февраля 1912 г. о толкованіи стт. 11 и 12 русско-германской консульской конвенціи 1874 г.[1]) по дѣлу русскаго подданнаго крестьянина Артура Фреймана съ капитаномъ германскаго судна «Gertia» о взысканіи слѣдуемыхъ Фрейману за службу, въ должности матроса, денегъ. Разборъ гражданскихъ споровъ, гласитъ указанное рѣшеніе, между судовыми чинами и матросами, въ какомъ бы подданствѣ они не состояли, если предметъ спора относится къ взаимнымъ обязательствамъ сторонъ, имѣющимъ отношеніе къ внутреннему быту судна, не подлежитъ вѣдѣнію мѣстныхъ судебныхъ установленій, если лицо, привлеченное къ такому иску, заявитъ отводъ о неподсудности. Однако юрисдикція иностраннаго консула прекращается, если матросъ оставляетъ, хотя бы самовольно, службу на суднѣ, такъ какъ не только иностранныя, но и русскія власти не могутъ водворить его обратно на судно[2]), и тогда онъ въ правѣ требовать защиты своихъ интересовъ на общемъ основаніи въ русскомъ судѣ. Государство въ интересахъ международной торговли можетъ отказаться отъ вмѣ-

---

въ частномъ международномъ правѣ, что въ отношеніяхъ, не затрогивающихъ личнаго статуса, общее правило о примѣненіи національнаго закона лица терпитъ изъятія въ интересахъ коммерческаго оборота: чтобы не было необходимости всякій разъ справляться съ національными законами контрагентовъ.

[1]) Однородныя постановленія находятся въ консульскихъ конвенціяхъ Россіи съ Франціей и Италіей 1875 г., съ Испаніей 1876 г., съ Швеціей и Норвегіей 1889 г.

[2]) Такой уходъ матроса съ судна можетъ повлечь за собой послѣдствія, указанныя въ договорѣ о наймѣ или въ законахъ о мореходцахъ, но во всякомъ случаѣ онъ перестаетъ быть матросомъ этого судна, такъ какъ по собственному почину и помимо всякаго согласія капитана простымъ заявленіемъ о прекращеніи дальнѣйшей службы и уходомъ съ судна онъ можетъ прекратить заключенные съ капитаномъ договоры и тѣмъ самымъ выбываетъ изъ состава экипажа.

Digitized by Google

шательства въ разборъ мелкихъ споровъ между капитаномъ и командой иностраннаго судна, хотя бы въ числѣ послѣдней были его подданные, но не имѣется никакого правового основанія отказываться отъ юрисдикціи надъ своими подданными, проживающими на своей отечественной территоріи, т.-е. внѣ иностраннаго судна, хотя бы споръ велся съ капитаномъ этого судна и проистекалъ изъ бывшихъ отношеній этихъ подданныхъ по ихъ службѣ на этомъ суднѣ. Равнымъ образомъ, мѣстныя власти вступаются въ случаяхъ, когда возникшіе на судахъ безпорядки сопряжены съ нарушеніемъ общественнаго спокойствія и порядка на берегу или въ портѣ, или же когда въ нихъ будетъ замѣшанъ мѣстный подданный, или лицо не принадлежащее къ составу экипажа. Однако вмѣшательство мѣстной власти согласно ст. 12 указанной конвенціи не имѣетъ мѣста въ случаѣ побѣга съ судна матроса, подданнаго той страны, гдѣ произошелъ побѣгъ. Приведенное постановленіе объясняется принципомъ невыдачи собственныхъ подданныхъ, усвоеннымъ континентальной Европой и южной Америкой, даже и тогда, когда они совершили преступленіе за границей [1]). Но въ остальныхъ случаяхъ въ интересахъ торговли и судоходства, бѣглые матросы, какъ съ коммерческихъ, такъ и съ военныхъ судовъ [2]) выдачѣ подлежатъ, такъ какъ невыдача обезпечила бы матросамъ легкую возможность неисполнять заключенные ими контракты. Въ вопросѣ объ уголовной подсудности русская точка зрѣнія видна изъ слѣдующихъ случаевъ. Въ 1844 г. на палубѣ англійскаго коммерческаго судна въ Рижскомъ заливѣ одинъ матросъ убилъ другого. Убійца былъ приговоренъ русскимъ судомъ къ каторжнымъ работамъ и на протесты англійскаго правительства и требованія его о выдачѣ преступника Петербургскій кабинетъ отвѣчалъ согласіемъ при условіи, чтобы и на будущее время въ Англіи признавалась неподсудность русскихъ коммерческихъ кораблей [3]). Условіе это Англіей не было принято и выдачи не послѣдовало. Подсудность мѣстной власти въ случаяхъ, грозящихъ общественному спокойствію, была подтверждена въ 1872 г. рѣшеніемъ уголовнаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената [4]) по дѣлу объ убійствѣ въ Керченской гавани на греческомъ суднѣ матросомъ Сваэлосомъ другого греческаго матроса.

---

[1]) Листъ-Грабарь, op. cit., стран. 332.

[2]) Такъ какъ военныя суда являются охранителями безопасности на моряхъ. Мартенсъ, Современное международное право, т. II 1905 г., стран. 449.

[3]) Обратное, т.-е. подсудность устанавливается и въ англійскомъ Territorial Jurisdiction Act'ѣ 1878 г.

[4]) 1872 г., № 1329.

Digitized by Google

Слѣдуетъ замѣтить, что договорнымъ образомъ могутъ быть установлены значительныя сокращенія объема юрисдикціи прибрежнаго государства. Такъ упомянутымъ договоромъ 1893 г. Россіи съ Англіей въ охранительныхъ зонахъ (30 миль вокругъ Тюленьяго и Командорскихъ острововъ и 10 миль вдоль Тихоокеанскаго побережья) роль русскихъ крейсеровъ сводилась лишь къ удаленію англійскихъ промышленниковъ изъ предѣловъ установленныхъ зонъ и къ отправкѣ ихъ въ англійскіе порты — ни судъ, ни карательныя послѣдствія не могли исходить отъ русской власти[1]).

Въ заключеніе настоящей статьи намъ, примѣняясь къ потребностямъ, вызваннымъ міровой войной, нужно еще отмѣтить практическіе результаты нашего изслѣдованія.

Первое, на чемъ мы долго не остановимся, это — указаніе, что измѣненіе во взглядахъ на предѣлы территоріальнаго моря составитъ не мало хлопотъ нашей призовой практикѣ: лица, заинтересованныя въ захваченныхъ нашими крейсерами судахъ и грузахъ, попытаются опредѣлять эти предѣлы сообразно своимъ выгодамъ. Второе, это вопросъ о томъ, какіе органы государственной власти уполномочены на осуществленіе призового права въ территоріальномъ морѣ? «Инструкція[2]) о порядкѣ остановки, осмотра и задержанія, а также отвода и сдачи задержанныхъ судовъ и грузовъ» въ своей 1-й статьѣ указываетъ, что ею должны руководствоваться «суда Императорскаго военнаго флота». Затѣмъ, согласно стт. 43, 46 и 48 Положенія о морскихъ призахъ, національныя торговыя суда[3]) могутъ производить задержаніе непріятельскихъ судовъ и грузовъ»[4]). Но по газетнымъ свѣдѣніямъ мы знаемъ, что, напримѣръ, распоряженіемъ петроградскаго градоначальника были конфискованы суда яхтъ-клубовъ, моторныя лодки и т. д. Что это значитъ? Сколько затрудненій причинятъ нашимъ призовымъ судамъ подобные случаи конфискаціи, намъ будетъ ясно изъ разсужденій нѣмецкаго юриста д-ра Ганса Веберга. Считаемъ своимъ долгомъ отмѣтить, что этотъ Вебергъ не только ученый теоретикъ, но и практикъ-докладчикъ апелляціоннаго суда въ Дюссельдорфѣ. Когда нѣмецкіе судовладѣльцы и грузохозяева обратятся съ исками въ наши призовые суды, они не преминутъ сослаться на доводы своего соотечественника.

---

[1]) Овчинниковъ, op. cit., стран. 24.

[2]) Приложеніе къ ст. 26 Положенія о морскихъ призахъ, изд. 1914 г.

[3]) Но не каперскія, такъ какъ каперство отмѣнено парижской морской декларацією 1856 г.

[4]) За что имъ выдается призовое вознагражденіе, отмѣненное въ отношеніи военныхъ крейсеровъ по нынѣ дѣйствующему Положенію 1914 г.; о значеніи этой отмѣны мы указываемъ въ другой нашей статьѣ настоящей книжки.

Digitized by Google

Утверждая совершенно правильно, что частная собственность на сушѣ пользуется неприкосновенностью, Вебергъ доказываетъ, что эта формула равносильна другой, что «неприкосновенна — всякая собственность, которая находится на сушѣ и не можетъ быть захвачена флотомъ воюющаго». Но тутъ же оговаривается, что эту вторую формулу нельзя понимать буквально. Вотъ почему, по мнѣнію Веберга, захватъ японцами судна, находящагося въ докѣ, вполнѣ правиленъ?![1]) Гдѣ же, спрашивается, предѣлы осуществленія призового права[2]). Но и независимо отъ приведенной оговорки, на которую, врядъ ли, сочтутъ нужнымъ ссылаться соотечественники Веберга[3]), послѣдовательное развитіе его формулы приводитъ къ тому заключенію, что всякая собственность, которая не находится на сушѣ, можетъ быть захвачена флотомъ воюющаго и только флотомъ, хотя бы и торговыми судами, что подтверждается, какъ мы видѣли, и нашимъ законодательствомъ, если опять-таки не дѣлать оговорки почтеннаго Веберга. Единственный ея смыслъ лишь тотъ, что если судно находится въ порту или рѣкѣ и вообще во внутреннихъ водахъ даннаго государства, откуда можно выйти въ открытое море, то захватъ его, конечно, можетъ имѣть мѣсто и безъ участія органовъ, прямо уполномоченныхъ на это государствомъ, какъ то вытекаетъ изъ фактическаго положенія вещей, не требующихъ для задержанія посредства національныхъ судовъ, безъ которыхъ нельзя обойтись при задержаніи въ морѣ[4]).

В. П. Голубевъ.

---

[1]) Цитируемъ Веберга по его переводной статьѣ въ «Revue de droit international et de législation comparée» 1913 г., стран. 208 примѣч. 2-е: «Il faut évidemment interpréter cette règle d'après le sens, et l'on ne pourra qu'approuver la Cour des prises japonaises, qui déclara admissible la saisie d'un navire se trouvant dans un dock».

[2]) Замѣтимъ при этомъ, что Вебергъ искажаетъ факты, какъ мы указывали въ другомъ мѣстѣ: судно, о которомъ онъ говоритъ, было захвачено японцами даже не въ докѣ, а возлѣ дока на берегу; см. нашу статью: «Опредѣленіе границъ захвата непріятельской собственности» въ журн. «Русское Судоходство», 1913 г. № 8.

[3]) Тѣмъ болѣе, что наша полиція, какъ кажется, захватывала и суда, спрятанныя владѣльцами на берегу.

[4]) Впрочемъ, 6-я Гаагская конвенція 1907 г. о положеніи непріятельскихъ торговыхъ судовъ при началѣ военныхъ дѣйствій признаетъ желательность свободнаго выхода такихъ судовъ изъ національныхъ портовъ и возврата ихъ послѣ войны при невозможности выхода по какимъ-либо причинамъ.

Digitized by Google

Отвѣтственность государства за чиновниковъ.

(Публично-правовое вознагражденіе за вредъ, причиненный агентами государства.)

I. Дѣятельность государства въ предѣлахъ внутренняго права выражается въ трехъ формахъ: законодательной, судебной, административной. Предметомъ настоящаго очерка является отвѣтственность государства за убытки, проистекающіе изъ административныхъ, преимущественно изъ неправильныхъ дѣйствій.

Отвѣтственность государства за убытки, причиняемые непосредственно примѣненіемъ отдѣльныхъ законовъ, не подлежитъ здѣсь обсужденію. Теоретически, этотъ вопросъ тѣсно связанъ съ основными предпосылками общей теоріи права и государства, съ вопросомъ объ ихъ взаимоотношеніи. Въ дѣйствительности, это всегда болѣе вопросъ законодательной политики, чѣмъ юридическое правило. Нѣкоторые законы даютъ вознагражденіе тѣмъ, кто несетъ убытки отъ ихъ дѣйствія. Другіе, наоборотъ, опредѣленно ихъ исключаютъ[1]). Иногда, наконецъ, законъ молчитъ по этому предмету, и въ подобныхъ случаяхъ, если вопросъ ставится передъ судьей, отрицательное рѣшеніе принимается обыкновенно по соображеніямъ формальнаго свойства. Что касается убытковъ, причиняемыхъ актами судебными, хотя бы и неправильными, то здѣсь отвѣтственность государства никогда не можетъ быть общею (она установлена въ нѣкото-

[1]) Но и здѣсь юридическая теорія стремится провести извѣстные принципы. Напримѣръ, при введеніи государственныхъ монополій принимается такое различіе: Если монополія «административнаго» характера (т.-е. имѣетъ въ виду интересы всѣхъ гражданъ, публики), никакое вознагражденіе не дается. Если же, наоборотъ, вводится монополія «фискальная» (т.-е. имѣющая цѣлью интересы фиска, казны, финансовыхъ имуществъ государства), вознагражденіе должно быть дано, въ той или иной формѣ, напр. путемъ выкупа, или экспропріаціи предпріятій. — Вопросъ ставился недавно по поводу введенія госуд. монополіи страхованія въ Италіи (законъ 4, IV, 1912), въ Уругваѣ (зак. 26, XII, 1911), въ Швейцаріи (частично, зак. 1911 г.). — Положеніе особенно спорно съ точки зрѣнія международнаго права. — См. Jèze, Revue de science et de législation financière, 1913, № 1; Rivista di diritto pubblico e della pubbl. amministrazione in Italia, 1912, I, 449. Scelle, Revue du Dr. publ., 1913, № 4. — Audinet, Revue gén. de droit international public, 1913, № 1.

Digitized by Google

рыхъ странахъ, какъ увидимъ далѣе, для спеціальныхъ случаевъ). Она была бы теоретически и практически невозможна, напримѣръ, для всѣхъ случаевъ кассаціи или апелляціонной отмѣны рѣшеній. «Произносить право» — ius dicere (iuris dictio), такова функція судьи: отсюда презумпція, соціально и юридически необходимая, о соотвѣтствіи праву, о правильности рѣшенія; эта презумпція находитъ свое высшее выраженіе въ невозможности апелляціи на вердиктъ присяжныхъ; она смягчается, напротивъ, возможностью привлеченія судей къ отвѣтственности въ случаѣ приговора, неправильнаго по умыслу или грубой неосмотрительности (ст. 678, сл. т. X ч. 1; ст. 1331, сл. Уст. Гр. Суд.). Итакъ, мы ограничиваемся дѣятельностью административной — государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права [1]).

Въ области административной дѣятельности, одно основное раздѣленіе было общепринятымъ до послѣдняго времени (приблизительно до послѣдняго десятилѣтія): оно выдѣляло такъ называемые «властные» акты, подводя ихъ подъ дѣйствіе публичнаго права и оставляло всѣ другіе дѣйствію права частнаго. Мало существуетъ согласія по вопросу о томъ, гдѣ граница тѣхъ и другихъ. Въ общей формѣ это раздѣленіе можетъ быть формулировано такъ: всякій актъ, въ которомъ государство осуществляетъ свою функцію властвованія, повелѣнія, функцію, которая составляетъ особенное свойство государства какъ такового, — принадлежитъ праву публичному, и ни въ какомъ случаѣ, даже будучи неправильнымъ, не можетъ вызвать отвѣтственности государства; всѣ же остальные акты, съ точки зрѣнія отвѣтственности, подчиняются постановленіямъ права гражданскаго. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы покажемъ, что это прежнее раздѣленіе теряетъ значеніе въ томъ смыслѣ, что отвѣтственность государства, отрицавшаяся безусловно для актовъ «властныхъ», становится и въ этой области общимъ правиломъ, какъ и въ другихъ; хотя и регулируется въ предѣлахъ публичнаго права нѣсколько инымъ образомъ, чѣмъ въ правѣ гражданскомъ.

Двѣ основныхъ тенденціи могутъ быть замѣчены въ правовомъ прогрессѣ по предмету отвѣтственности за дѣйствія должностныхъ

---

[1]) Спеціальный вопросъ объ отвѣтственности городскихъ и сельскихъ обществъ за убытки отъ народныхъ волненій, при всей своей важности, не можетъ быть здѣсь разсмотрѣнъ. Какъ разъ въ настоящее время во Франціи пересматриваются правила статей 106—109 муниципальнаго закона 1884 г., и происходитъ по этому предмету оживленная полемика. Проектъ въ этомъ смыслѣ принятъ Сенатомъ: онъ вводитъ отвѣтственность государства въ половинномъ размѣрѣ. См. объ этомъ Beaudouin, Responsabilité des communes (1913). — Michoud, Rapport au Congrès des sciences administratives de Bruxelles (1910). — Rolland, Revue du Droit public, 1913, № 2.

Digitized by Google

лицъ. Съ одной стороны, личная отвѣтственность чиновниковъ становится все болѣе близкой къ обыкновеннымъ условіямъ отвѣтственности частныхъ лицъ. Почти совершенно исчезло правило предварительнаго разрѣшенія на гражданскій искъ со стороны высшей администраціи; исчезаетъ «административная гарантія» для уголовнаго преслѣдованія. Таковъ болѣе ранній процессъ, осуществленный уже въ большинствѣ цивилизованныхъ странъ. Съ другой стороны, все сильнѣе проявляется стремленіе замѣнить, по крайней мѣрѣ, для большей части случаевъ, отвѣтственность самихъ чиновниковъ за убытки — отвѣтственностью государства.

Нѣкоторые спеціальные законы для отдѣльныхъ случаевъ уже давно установили, въ различныхъ государствахъ, отвѣтственность казны. Оставляя въ сторонѣ вознагражденіе по принудительному отчужденію (экспропріаціи) и смежнымъ случаямъ [1]), какъ типичный примѣръ вознагражденія за актъ законный и правильный, отмѣтимъ нѣкоторые законы, устанавливающіе вознагражденіе отъ государства изъ неправильныхъ дѣйствій властей. — Личная свобода постоянно считается однимъ изъ цѣннѣйшихъ благъ; однако, лишь въ немногихъ странахъ существуютъ законы, вознаграждающіе потерпѣвшихъ при неправильномъ арестѣ. Австрійскій основной законъ 1867 года [2]) устанавливаетъ отвѣтственность государства во всѣхъ случаяхъ ареста «незаконно совершеннаго или продленнаго». — Для Германской имперіи подобный законъ былъ изданъ лишь въ 1904 году (14 іюля). Во Франціи [3]), въ Россіи, въ Англіи, подобныхъ законовъ не существуетъ [4]). Аналогичную цѣль имѣютъ законы о вознагражденіи невинно осужденныхъ: таковы французскій законъ 8 іюня 1895 года (ставшій ст. 446 C. instr. crim.), германскій законъ 1898 года. — Французскій законъ 20 іюля 1899 года (C. civ. 1384, § 6) устанавливаетъ отвѣтственность государства на мѣсто отвѣтственности преподавателей публичныхъ школъ (по надзору за учениками). — Въ Германской имперіи отвѣтственность государства введена въ 1897 году въ законѣ объ ипотечныхъ книгахъ: казна отвѣчаетъ за ошибки чиновниковъ, ведущихъ эти книги. Подобная отвѣтственность не существуетъ во Франціи.

---

[1]) «Косвенная экспропріація» французскаго права; временное занятіе; убытки недвижимостямъ отъ публичныхъ работъ; близки къ этому случаи убоя зараженнаго скота при эпизоотіяхъ.

[2]) Staatsgrundgesetz üb. die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, v. 21, XII, 1867, № 14, § 8.

[3]) О проектѣ, принятомъ Сенатомъ въ 1909 г., см. Duguit, Transformations du droit public (1913), 252—253.

[4]) Всюду возможенъ, конечно, искъ противъ виновнаго агента лично. Но съ точки зрѣнія потерпѣвшаго эта возможность — гораздо болѣе слабая гарантія, чѣмъ отвѣтственность государства.

Digitized by Google

Она принята, наоборотъ, швейцарскимъ правомъ (Швейцарскій гражд. кодексъ 1912 года, 955, ср. 849).—Какъ бы мы ни разсматривали всѣ эти спеціальные законы — какъ исключенія изъ правила или какъ отдѣльныя примѣненія правила обратнаго [1]), намъ кажется безспорнымъ, что они должны были повліять на правообразованіе въ сторону признанія отвѣтственности государства изъ административныхъ актовъ общимъ правиломъ.

II. Помимо законодательныхъ текстовъ, относящихся къ спеціальнымъ случаямъ, современное состояніе въ различныхъ странахъ проблемы общей отвѣтственности государства можетъ быть сведено къ тремъ типамъ. Нѣкоторыя государства не признаютъ вовсе этого правила, по крайней мѣрѣ относительно такъ наз. «властныхъ актовъ». Въ другихъ судебная практика эволюціонируетъ въ сторону признанія этого правила, или, по крайней мѣрѣ, обнаруживаетъ колебанія въ этомъ смыслѣ. Третьи, наконецъ, устанавливаютъ это правило законодательными текстами.

Система англо-американская отрицаетъ принципіально всякую отвѣтственность государства за вину его агентовъ. Недостатокъ этотъ только отчасти восполняется немногими случаями отвѣтственности органовъ мѣстнаго самоуправленія (въ нѣкоторыхъ полицейскихъ дѣлахъ) [2]). Въ этой системѣ, напротивъ, личная отвѣтственность чиновниковъ широко развита; всякій актъ, не основанный на законѣ, разсматривается какъ личное дѣйствіе, совершенное внѣ исполненія должности, и виновный агентъ почти всецѣло приравненъ, въ отношеніи отвѣтственности, къ частному лицу.

Система, принятая нѣкогда во Франціи какъ и почти повсюду, система, основанная на раздѣленіи актовъ «властныхъ» и «хозяйственныхъ», — продолжаетъ дѣйствовать полностью въ Россіи. При отсутствіи законодательнаго текста, судебная практика, съ 1875—1878 годовъ, установила и примѣняетъ подобное правило — правило безотвѣтственности казны за «властные» акты [3]). Слабое отступленіе отъ этого правила, отмѣченное въ 1899—1902 годахъ, состояло въ томъ , что Сенатъ удовлетворилъ иски въ случаяхъ гдѣ понятія «власти» и «хозяйства» были смѣшаны [4]); надлежитъ отмѣтить,

---

[1]) Perlmann, Studien zur Frage... — «Archiv für öffentliches Recht», XXIV (1909), 533.

[2]) Извѣстно, что въ Англіи даже для дѣлъ чисто гражданско-правового характера установился взглядъ на искъ къ государству какъ на направленный противъ короны, чѣмъ обусловливается необходимость особаго каждый разъ разрѣшенія съ ея стороны на предъявленіе иска. — Иначе въ нѣкоторыхъ англійскихъ колоніяхъ.

[3]) Н. И. Лазаревскій, Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами (1905), 5, сл.

[4]) Лазаревскій, ор. с., 369—374. — Ср. рѣш. О. С. Сената 7, X, 1913, «Журн. Мин. Юст.» 1914, I, 220.

Digitized by Google

что мотивы рѣшеній были взяты изъ гражданскаго права. — Отсутствіе отвѣтственности государства изъ «властныхъ» актовъ не восполняется въ Россіи, какъ извѣстно, и дѣйствительной отвѣтственностью чиновниковъ [1]). — Подобное положеніе предмета въ Австріи. При отсутствіи закона суды отказываются признавать отвѣтственность государства. Существуетъ впрочемъ одно рѣшеніе высшаго суда, 1902 года, гдѣ выраженъ обратный принципъ. Сами австрійскіе юристы несогласны по вопросу о положеніи практики въ Австріи [2]). — Въ Венгріи, въ настоящее время, отвѣтственность государства не признается. Въ проектѣ же Венгерскаго гражданскаго кодекса, 1901 года, постановлено правило отвѣтственности [3]).

Эволюція совершилась наиболѣе широко во Франціи; несмотря на это, она не зафиксирована законодательнымъ текстомъ. Внѣ спеціальныхъ законовъ, дающихъ вознагражденіе въ особыхъ случаяхъ (изъ которыхъ нѣкоторые упомянуты выше), французская практика не признавала отвѣтственности государства, кромѣ случаевъ частно-правовыхъ, до начала XX вѣка. Между 1845 и 1855 годами кассаціонный судъ постановилъ, правда, нѣсколько рѣшеній въ обратномъ (положительномъ) смыслѣ, основывая ихъ на постановленіяхъ гражданскаго кодекса (ст. 1382—1384). Съ тѣхъ поръ эта практика прекратилась [4]). Слѣдуетъ отмѣтить два дѣла, въ которыхъ отвѣтственность государства была признана несмотря на то, что обстоятельства не представляли чисто-цивилистическихъ отношеній. Въ одномъ изъ нихъ (1873 г.) дѣло шло о несчастномъ случаѣ въ казенномъ монопольномъ (табачномъ) предпріятіи, которое французскими юристами причисляется къ такъ наз. «публичнымъ службамъ» (service public): вознагражденіе было дано родителямъ ребенка, потерпѣвшаго отъ несчастнаго случая [5]). Много сложнѣе было дѣло Laumonnier-Carriol (въ 1875—

---

[1]) Ее трудно осуществлять въ виду особенностей спеціальныхъ и сложныхъ правилъ подсудности, крайне сокращенной давности, участія администраторовъ въ спеціальныхъ судебныхъ присутствіяхъ, отсутствія кассаціоннаго обжалованія, ограничительнаго перечисленія въ законѣ основаній отвѣтственности. — Законопроектъ, внесенный въ Государственную Думу въ мартѣ 1909 г., принятый Думой и, съ измѣненіями, Гос. Совѣтомъ, нѣсколько улучшаетъ это положеніе. — Гос. Дума, въ засѣданіи 11 января 1912 г., высказалась въ пользу принципа отвѣтственности государства въ формѣ пожеланія. Министръ юстиціи, въ объяснительной запискѣ къ указанному проекту, высказался рѣшительно противъ такой реформы.

[2]) Herrnritt, Gutachten, Verhandlungen des 28. Juristentages, II (1906), 324, 339, № 35. — Perlmann, op. c.

[3]) IV Teil, Tit. 16, 3, § 1790. Ср. § 86.

[4]) Teissier, La responsabilité de la puissance publique (1906), 44—48, 163.

[5]) Дѣло Blanco, см. Dalloz, Jurisprudence générale, 1873, 3, 20. Ср. дѣла, приведенныя Teissier, op. c., 229, п. 1.

Digitized by Google

1879 гг.). Изъ трехъ рѣшеній, относящихся къ этому дѣлу, и которыя всѣ представляютъ значительный теоретическій интересъ [1]), здѣсь слѣдуетъ упомянуть послѣднее рѣшеніе Государственнаго Совѣта 4 декабря 1879: вознагражденіе было присуждено владѣльцу закрытой, по распоряженію префекта, спичечной фабрики [2]). Распоряженіе префекта было несомнѣннымъ «актомъ власти»; поэтому мы думаемъ, что въ этомъ дѣлѣ можно видѣть первый примѣръ примѣненія отвѣтственности государства къ такого рода случаямъ. Въ своихъ рѣшеніяхъ по этимъ приведеннымъ дѣламъ Государственный Совѣтъ находилъ нужнымъ подчеркнуть, что «эта отвѣтственность (государства) не является ни абсолютной, ни общей; что она регулируется особыми правилами, которыя измѣняются въ зависимости отъ потребностей (публичной) службы и необходимости согласовать права государства съ правами частными»... Приблизительно съ начала новаго вѣка эта формула совершенно исчезла изъ рѣшеній. До этого времени принципъ безотвѣтственности господствовалъ. Еще въ 1899 году, Государственный Совѣтъ мотивировалъ одно изъ своихъ рѣшеній тѣмъ, что «принципіально» государство не признается отвѣтственнымъ, въ качествѣ власти, за вину своихъ агентовъ [3]). Болѣе раннія дѣла съ подобной мотивировкой очень многочисленны. Переходъ къ признанію отвѣтственности государства совершился въ теченіе послѣдовавшаго пятилѣтія. Интересно отмѣтить, что нѣкоторыя изъ дѣлъ, въ рѣшеніяхъ по которымъ получилъ признаніе этотъ новый принципъ, или заключали въ себѣ элементъ договорный, или касались недвижимой собственности, которую французское право охраняетъ особенно тщательно. Это облегчило и ускорило, какъ намъ кажется, переходъ къ новому началу. Первое дѣло,

[1]) Рѣшеніе Гос. Совѣта 26, XI, 1875 г., Dalloz 76, 3, 41 (отмѣна); Трибунала конфликтовъ, 5, V, 1877, Dalloz 78, 3, 13; Гос. Сов. 4, XII, 1879, Dalloz 80, 3, 41 (вознагражденіе).

[2]) Законъ 2 августа 1872 г. установилъ во Франціи государственную монополію спичечнаго производства. Одинъ префектъ, дѣйствуя по указаніямъ министра, закрылъ спичечную фабрику частнаго владѣльца, пользуясь якобы своимъ правомъ по надзору за санитарно-вредными заведеніями (законъ 1810 г.), въ дѣйствительности же съ цѣлью облегчить введеніе монополіи и избѣжать выкупа предпріятія, предписаннаго ст. 3 закона 1872 г. Распоряженіе префекта было отмѣнено по превышенію власти (excès de pouvoir, то что теперь называютъ détournement de pouvoir), и собственникъ подалъ искъ къ казнѣ. Убытки были присуждены. Рѣшеніе Гос. Совѣта намекаетъ, правда, на вознагражденіе по экспропріаціи, но послѣдняя на дѣлѣ совершена не была.

[3]) «Considérant... qu'il est de principe que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique... responsable de la négligence de ses agents...» 13, I, 1899 (Lepreux), Sirey 1900, 3, 1, замѣтка проф. Opiy. Дѣло шло о пораненіи, полученномъ истцомъ во время стрѣльбы на территоріи департамента Сены (гдѣ полиція непосредственно государственная) вслѣдствіе недостаточности полицейскихъ мѣръ охраны.

Digitized by Google

насколько намъ извѣстно, гдѣ отвѣтственность государства была признана по поводу ясно выраженнаго «властнаго» акта, заключалось въ томъ, что префектъ одного департамента распорядился неправильно о включеніи части земли прибрежнаго владѣльца въ публичный доменъ[1]); по иску владѣльца, Государственный Совѣтъ присудилъ казну къ возмѣщенію убытковъ, правда, безъ особенно подробной мотивировки[2]). Въ томъ же году состоялось рѣшеніе, положившее начало цѣлому ряду подобныхъ: высшій административный судъ призналъ implicite принципъ отвѣтственности муниципальнаго управленія за неправильное увольненіе служащаго[3]). Въ слѣдующемъ году Государственный Совѣтъ присудилъ крупную сумму въ вознагражденіе за убытки, происшедшіе отъ разрушенія недвижимости съ обстановкой взрывомъ порохового склада — «принимая во вниманіе, что взрывъ не произошелъ бы, если бы были приняты всѣ надлежащія предосторожности для его избѣжанія; что, слѣдовательно, государство не можетъ отклонить свою отвѣтственность»[4]). Въ этомъ рѣшеніи можно ясно видѣть идею «вины публичной службы», къ которой мы еще возвратимся (III, 4, c). Въ 1905 году подобное рѣшеніе: молодой солдатъ былъ убитъ во время маневровъ пулей, тогда какъ вся стрѣльба должна была производиться холостыми зарядами; казна была присуждена къ уплатѣ вознагражденія родственникамъ убитаго[5]). Заслуживаетъ вниманія одно изъ новѣйшихъ рѣшеній (1913 г.), главнымъ образомъ потому, что, какъ намъ кажется, оно служитъ показателемъ расширенія понятія «служебной вины» агента (см. ниже, III, 4, b): «служебная вина» была признана въ случаѣ, когда чиновникъ при обращеніи съ частными суммами не соблюдалъ предписанія инструкціи[6]). Слѣдуетъ отмѣтить еще

---

[1]) Domaine public — приблизительно наше «право участія общаго» и часть имуществъ государственныхъ общаго пользованія.

[2]) Sirey 1905, 3, 17 (Zimmermann-Olivier).

[3]) Sirey 1904, 3, 122 (Villenave). Рѣшеніе указываетъ, что между муниципалитетомъ и служащимъ не было договорныхъ отношеній. Тѣмъ не менѣе дѣло разсматривалось по существу, тогда какъ ранѣе такія дѣла не принимались къ разсмотрѣнію. Замѣтка подъ рѣшеніемъ проф. Opiy.

[4]) Recueil des arrêts du Cons. d'Et. (Macarel-Lebon), 1904, 422 (Perrimond).

[5]) Рѣшеніе говоритъ опредѣленно о «винѣ публичной службы» (faute de service public). Sirey 1905, 3, 113 (Auxerre). Ср. тамъ же дѣло Grecco.

[6]) Комиссаръ полиціи въ Парижѣ помѣстилъ въ лѣчебницу г-жу С., душевнобольную; при этомъ въ ея квартирѣ найдена была сумма въ 20000 фр. По заявленію г-на Х., жившаго въ той же квартирѣ, что деньги принадлежатъ ему, комиссаръ ему ихъ выдалъ, не удостовѣрившись должнымъ образомъ въ ихъ принадлежности; отсюда — исчезновеніе суммы и искъ со стороны представителей г-жи С. По прежней практикѣ аналогичная неосмотрительность считалась виной «личной» (см. Sirey, 97, 1, 182, Bonmartin); здѣсь же было признано обратное. Дѣло сообщено въ «Le Temps», 28, IV, 1913.

Digitized by Google

одно дѣло, гдѣ въ вознагражденіи было Государственнымъ Совѣтомъ отказано, но которое представляетъ очень большой теоретическій интересъ по нашему предмету. Въ 1907 году взорвался въ Тулонскомъ рейдѣ броненосецъ «Іена»; ребенокъ полутора года былъ убитъ на улицѣ Тулона осколкомъ снаряда. Искъ родителей ребенка былъ отклоненъ Государственнымъ Совѣтомъ, который мотивировалъ отказъ непреодолимой силой (force majeure) [1]). Позднѣе были открыты химическія особенности пороха «В»: этотъ порохъ и былъ причиною взрыва. Если бы дѣло разбиралось нѣсколькими мѣсяцами позднѣе — замѣчаетъ проф. Оріу [2]) — убытки были бы присуждены въ виду наличности «вины публичной службы». Итакъ, мы видѣли, по важнѣйшимъ этапамъ, эволюцію французской практики. Общимъ правиломъ является отвѣтственность государства изъ административныхъ актовъ. Если эта отвѣтственность и не является «абсолютной», то все же она представляется «общей», въ противоположность тому, что говорилъ Государственный Совѣтъ въ приведенныхъ рѣшеніяхъ 1873—1877 годовъ [3]).

Какъ и въ большинствѣ другихъ странъ, положительное право въ Италіи не содержитъ общаго законодательнаго текста по нашему предмету. Судебная практика, слѣдовательно, призвана восполнять пробѣлы. Практика и доктрина публичнаго права находится въ Италіи подъ замѣтнымъ вліяніемъ, идущимъ изъ Франціи. Однако, тамъ, по сравненію съ Франціей, въ нашемъ предметѣ значительно отстали. Въ судебныхъ рѣшеніяхъ провозглашается еще принципъ безотвѣтственности публичныхъ юридическихъ лицъ за дѣйствія ихъ агентовъ тамъ, гдѣ дѣло идетъ о чисто «властныхъ» актахъ (по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія той же практики). Напримѣръ, въ случаѣ, когда коммунальный служащій былъ уволенъ безъ достаточныхъ основаній, его искъ объ убыткахъ былъ отклоненъ по тѣмъ соображеніямъ, что «юридическое лицо не обладаетъ волей; его органы, какъ только они выходятъ изъ законныхъ предѣловъ дѣйствій, болѣе не представляютъ юридическаго лица; слѣдовательно, публичныя юридическія лица (enti pubblici) не отвѣтственны за вину чиновниковъ (хотя контрактная вина

---

[1]) Въ замѣткѣ подъ рѣшеніемъ (Sirey, 1912, 3, 161, Ambrosini), проф. Оріу указываетъ, что здѣсь имѣлъ мѣсто несчастный случай (cas fortuit), а не непреодолимая сила. Однако, въ данныхъ обстоятельствахъ это не могло бы измѣнить рѣшенія вопроса.

[2]) Въ той же замѣткѣ.

[3]) Въ настоящее время отвѣтственность коммунъ, департаментовъ, колоній обсуждается по тѣмъ же правиламъ, какъ и отвѣтственность государства. Отвѣтственность коммунъ была принята много раньше, такъ какъ коммуны считались долгое время образованіями частно-правовыми и были подсудны гражданскимъ судамъ.

Digitized by Google

къ нимъ и примѣнима)»[1]). Но, съ другой стороны, тамъ примѣняютъ иногда правила гражданско-правовыя къ отношеніямъ чисто-административнаго характера, и суды присуждаютъ иногда казну къ уплатѣ убытковъ въ подобныхъ случаяхъ. Такъ, къ пропажѣ документовъ изъ государственнаго учрежденія примѣнили правила договора поклажи[2]). Затѣмъ, начинаетъ получать признаніе отвѣтственность за убытки, причиняемые неудовлетворительнымъ функціонированіемъ публичныхъ службъ — напримѣръ при случаѣ убытковъ отъ плохого состоянія дорогъ. Ранѣе практика по послѣдней категоріи дѣлъ была неустойчива: иногда въ возмѣщеніи отказывали, а иногда присуждали по аналогіи съ закономъ о вознагражденіи за убытки отъ публичныхъ работъ. Въ одномъ изъ первыхъ дѣлъ былъ принятъ искъ подобнаго рода, однако мотивы рѣшенія не говорятъ объ упомянутомъ только что законѣ, а опираются на «принципы общаго права о вознагражденіи за убытки»[3]). Подобное рѣшеніе было принято, хотя, повидимому, по другимъ мотивамъ, въ другомъ дѣлѣ, гдѣ вопросъ о винѣ (и слѣдовательно, объ «общемъ правѣ») не былъ поднятъ, и гдѣ, напротивъ, сооруженіе было признано совершенно законнымъ и правильнымъ[4]). — По этимъ немногимъ примѣрамъ видно, что италіанская судебная практика по данному вопросу далека еще отъ устойчивости. Все же ея колебанія въ случаяхъ, гдѣ области права публичнаго и частнаго смѣшаны или соприкасаются — характерны: съ этого начала французская практика. Важно отмѣтить, что право на воз-

---

[1]) Рѣш. кас. суда въ Неаполѣ, 18, VII, 1911 (Giannuzzi) — «Rivista di diritto pubblico», 1912, II, 121.

[2]) Кандидатъ на преподавательскую должность М. представилъ въ министерство народнаго просвѣщенія свои документы; министерство переслало ихъ экзаменаціонной коммиссіи; документы пропали. Искъ объ убыткахъ противъ казны былъ удовлетворенъ. Рѣшеніе намекаетъ только на теорію поклажи, и упоминаетъ о возможности регресса противъ членовъ комиссіи. Касс. рѣш., Римъ, 25, V, 1911 (Marocco) — «Rivista di dir. pubbl.», 1912, II, 170. Замѣтка редакціи, въ противоположномъ смыслѣ: она указываетъ, что такъ какъ внесеніе документовъ было обязательно, о договорѣ поклажи не могло бы быть рѣчи.

[3]) Аппел., Неаполь, 9—14, VI, 1911 (Rinaldini) — «Rivista dir. pubbl.», 1912, II, 14 и пространная замѣткаde Porcellinis (стран. 18—38), въ обратномъ смыслѣ: авторъ говоритъ, именно, что въ принципѣ вознагражденіе было бы допустимо только въ случаѣ участія сосѣднихъ владѣльцевъ въ сооруженіи публ. службы, напр. дороги («consorzi»).

[4]) Дѣло шло о плотинѣ, сооруженной на склонѣ Везувія для прикрытія селеній и полей, подъ нимъ расположенныхъ. Во время изверженія вулкана лава, отведенная плотиной въ сторону, наполнила каменоломню, откуда убытки для ея владѣльца. — Апелл., Неаполь, 1, IV, 1910 (De Luca) — «Rivista dir. pubbl.», 1911, II, 274, и замѣтка Pisciteli. — Казалось бы, вопросъ о винѣ могъ бы быть поставленъ, не могла ли бы быть плотина сооружена иначе? Авторъ замѣтки основывается на законѣ объ экспропріаціи и видитъ здѣсь постоянные убытки, которыхъ возмѣщеніе предписывается этимъ закономъ.

Digitized by Google

награжденіе признается въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ не о договорныхъ отношеніяхъ и не о частныхъ доменахъ государства.

Такія же колебанія, какія мы отмѣтили относительно Италіи, и еще бо́льшая неопредѣленность господствуетъ по нашему предмету въ Бельгіи. Издавна традиціонное раздѣленіе актовъ «властныхъ» и «хозяйственныхъ» (autorité-gestion) давало тамъ такіе же результаты, какъ раньше во Франціи. Нѣсколько судебныхъ рѣшеній дали однако вознагражденіе въ дѣлахъ о дорогахъ — за убытки, причиненные ихъ неудовлетворительнымъ состояніемъ [1]). Это направленіе, однако, не возобладало, и до послѣдняго времени проводился принципъ обратный. Новѣйшая практика, внѣ частноправовыхъ отношеній, руководствуется раздѣленіемъ понятій «рѣшенія» (délibération) и исполненія; публичныя юридическія лица признаются безотвѣтственными за неправильность «рѣшенія», и отвѣтственными за неправильное исполненіе [2]). Въ общемъ, бельгійская практика не обнаруживаетъ какой-либо эволюціи въ опредѣленномъ направленіи, а лишь колебанія въ ту или другую сторону. По словамъ компетентнаго автора, она не хочетъ считаться съ крупными перемѣнами въ этомъ предметѣ въ сосѣднихъ странахъ. — Быть можетъ, тому причиной особенное пониманіе принципа раздѣленія властей въ положительномъ правѣ [3]) и юридической традиціи, которое, при отсутствіи организованной административной юстиціи, даетъ судамъ поводъ отказывать въ разсмотрѣніи значительному числу исковъ этого рода [4]).

По отношенію къ Германской имперіи и большинству государствъ, ее составляющихъ, задача можетъ считаться разрѣшенной — въ теченіе послѣднихъ лѣтъ, можно сказать, на нашихъ глазахъ. Она разрѣшена тамъ нѣсколько иначе, чѣмъ во Франціи; что касается формы, тамъ регулируютъ вопросъ положительныя законодательныя постановленія [5]), а не практика, какъ во Франціи. И по существу есть нѣкоторыя важныя различія между двумя системами, относительно основаній отвѣтственности и положенія

---

[1]) Мотивировка одного рѣшенія: такъ какъ надзоръ за дорогами принадлежитъ коммунѣ какъ публичной власти, «тогда какъ ихъ содержаніе (и поддержаніе) относится къ ея гражданско-правовой личности». — René Marcq, Responsabilité de la puissance publique (1911), 106—107.

[2]) Marcq, op. c., 119—121.

[3]) Конституція относитъ къ вѣдѣнію судовъ споры (contestations) о гражданскихъ и публичныхъ правахъ (стт. 92, 93). Практика находитъ, что въ актахъ властныхъ не можетъ быть рѣчи о спорахъ съ властью. См. Marcq, op. c., 32—35.

[4]) Бельг. министерство юстиціи разработало въ 1912 г. проектъ учрежденія админ. суда для этого рода дѣлъ.

[5]) Кромѣ Саксоніи, гдѣ рано установилась такая отвѣтственность въ обычномъ правѣ.

Digitized by Google

личной отвѣтственности чиновника по отношенію къ отвѣтственности государства; мы вернемся къ этимъ различіямъ ниже (III). Теперь же отмѣтимъ въ нѣсколькихъ словахъ, какимъ образомъ произошла эта перемѣна въ законодательствѣ. До 1900 года, т.-е. до вступленія въ силу гражданскаго кодекса Германской имперіи, въ шести германскихъ государствахъ [1]) институтъ отвѣтственности уже существовалъ. Гражданскій кодексъ имперіи («BGB.») не внесъ никакого постановленія по данному предмету. Законъ о введеніи кодекса въ дѣйствіе, въ § 77, предоставилъ государствамъ, составляющимъ имперію, оставить въ силѣ существовавшую у нихъ систему по нашему предмету или ввести новую его регламентацію. Три королевства (о Саксоніи см. предпослѣднее примѣчаніе) и семь меньшихъ государствъ (Пруссія осталась при прежнемъ порядкѣ — см. ниже) ввели въ своихъ вводныхъ законахъ къ кодексу отвѣтственность государства, частью прямую, частью субсидіарную. Только три небольшихъ государства рѣшительно отклонили этотъ институтъ. Тамъ, гдѣ законы не дали указаній по предмету, судебная практика, въ общемъ, удержала отрицательный взглядъ на отвѣтственность государства изъ «властныхъ» актовъ [2]). Практика же высшаго суда (рейхсгерихта) обнаруживаетъ обратную тенденцію, и, благодаря различію законодательствъ въ пространственныхъ предѣлахъ компетенціи одного и того же высшаго имперскаго суда, приходитъ къ такой юридической аномаліи: рѣшенія того же высшаго суда различны, смотря по тому, изъ какого государства исходитъ дѣло [3]). Слѣдовательно, въ различныхъ государствахъ имперіи, не только въ законахъ, но и на практикѣ, царило чрезвычайное разнообразіе. Что же касается чиновниковъ имперіи, то, согласно установившейся практикѣ рейхсгерихта, и за отсутствіемъ законодательнаго постановленія, до самаго 1910 года ихъ положеніе относительно отвѣтственности различалось въ зависимости отъ того, въ какомъ изъ государствъ имперіи исполняли они должность, и регулировалось мѣстнымъ

---

[1]) Баварія, Саксонія и 4 меньшихъ.

[2]) Gierke, Gutachten, Verhandlungen des 28. Juristentages, I (1905), 120—125.

[3]) Относительно государствъ, гдѣ отвѣтственность эта не принята, практика рейхсгерихта расширяетъ насколько возможно понятіе актовъ «хозяйственныхъ», подвергая государство отвѣтственности. Для тѣхъ государствъ, гдѣ эта отвѣтственность въ публично-правовыхъ отношеніяхъ признается, въ тѣхъ случаяхъ, когда возникаютъ сомнѣнія, можетъ ли данный агентъ считаться «конституціоннымъ представителемъ» (verfassungsmässig berufener Vertreter), за котораго казна отвѣтственна по § 31 гражд. кодекса, стараются расширить понятіе актовъ публично-правовыхъ, и такимъ образомъ также подвести государство подъ отвѣтственность. См. Gierke, Gutachten, op. c., 132.

Digitized by Google

правомъ [1]). Принимая все это во вниманіе, нельзя не согласиться съ Гирке, что правовое положеніе въ этомъ предметѣ было до послѣдняго времени «невыносимымъ» [2]). Улучшеніе его пошло по двумъ направленіямъ: съ одной стороны, для чиновниковъ имперіи изданъ единый законъ 1910 года, съ другой, отдѣльныя государства постепенно объединяются въ признаніи принципа прямой отвѣтственности государства и другихъ публично-правовыхъ юридическихъ лицъ. — Съ послѣдней четверти XIX вѣка началось сильное теоретическое движеніе въ пользу признанія этой отвѣтственности въ видѣ общаго правила. Среди наиболѣе извѣстныхъ представителей этого направленія назовемъ Гирке, Отто Майера [3]). Однако, не одни теоретики проводили эту идею. Во время обсужденія въ 1896 году проекта гражданскаго кодекса, рейхстагъ принялъ резолюцію въ смыслѣ желательности имперскаго закона по предмету. 28-й съѣздъ германскихъ юристовъ, состоявшійся въ Килѣ въ 1906 году, по докладамъ Гирке и Герритта [4]) единодушно принялъ аналогичное пожеланіе, настаивая на необходимости регулировать предметъ единообразно во всей имперіи [5]). Подобное же пожеланіе было выражено германскимъ торговымъ съѣздомъ (Handelstag) въ 1907 году. Въ томъ же году въ рейхстагъ было внесено законодательное предположеніе, имѣвшее цѣлью осуществить пожеланіе съѣзда юристовъ, т.-е. установить единый законъ для всей имперіи, включая и чиновниковъ отдѣльныхъ составляющихъ ее государствъ. Предложеніе было отклонено рейхстагомъ: въ такой формѣ предметъ этотъ былъ сочтенъ касающимся внутренняго публичнаго права отдѣльныхъ государствъ. Однако, была принята резолюція, приглашающая канцлера внести законопроектъ въ смыслѣ признанія отвѣтственности имперіи за ея чиновниковъ. Въ 1909 году въ Пруссіи былъ изданъ законъ (1-го августа), который послужилъ прототипомъ закона имперскаго; въ виду этого мы можемъ разсмотрѣть ихъ вмѣстѣ [6]). Имперскій законъ (22 мая 1910 года), «касаю-

---

[1]) Gierke, op. c., 129.

[2]) Тамъ же, 130.

[3]) Сводка германской литературы до 1901 г. — у Dock, Archiv für öffentliches Recht, XVI (1901), 244.

[4]) Verhandlungen des 28. Juristentages, I (1905), 102—144; II (1906), 324—351.

[5]) Въ своемъ докладѣ съѣзду, Гирке, исходя изъ той идеи, что всякій искъ объ убыткахъ есть всегда вопросъ частнаго права, утверждалъ, что имперское законодательство вполнѣ компетентно регулировать данный предметъ и для отдѣльныхъ государствъ, такъ же какъ регулировало оно всю область гражданскаго права кодексомъ 1900 г. Ст. 77 вводнаго закона онъ считалъ ошибкой, которую слѣдовало исправить, принявъ единыя условія отвѣтственности государства.

[6]) Для Пруссіи, до 1909 г., положеніе ухудшалось тѣмъ обстоятельствомъ, что двѣ части королевства находились въ нашемъ вопросѣ подъ дѣйствіемъ

Digitized by Google

щійся отвѣтственности имперіи за ея чиновниковъ»[1]), принимаетъ терминологію гражд. кодекса и принципъ упомянутаго выше закона объ ипотечныхъ книгахъ. Его 1-й параграфъ опредѣленно указываетъ на § 839 гражд. кодекса и постановляетъ, что отвѣтственность, установленная этимъ параграфомъ 839 падаетъ на имперію вмѣсто чиновника; т.-е. въ случаяхъ, когда чиновникъ нарушаетъ свои должностныя, по отношенію къ третьему лицу, обязанности, пользуясь публичной властью, которая ему присвоена. Что касается дѣлъ частно-правовыхъ, то имперія (напомнимъ) была уже ранѣе отвѣтственна за чиновниковъ (такъ же какъ и отдѣльныя государства) на основаніи §§ 31 и 89 гражд. кодекса[2]). Имперія удерживаетъ за собой право регресса къ виновному чиновнику (§ 2)[3]). Дѣла этого рода подсудны высшимъ мѣстнымъ гражданскимъ судамъ, не взирая на сумму иска. Давность установлена трехлѣтняя[4]). Законъ — говоритъ объяснительная записка — ограничивается установленіемъ отвѣтственности имперіи за ея чиновниковъ. Онъ не распространяется на чиновниковъ государствъ, ее составляющихъ, ни на служащихъ муниципалитетовъ и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права, такъ какъ, по словамъ объяснительной записки, подобная регламентація столкнулась бы съ различіями во внутреннемъ публичномъ правѣ отдѣльныхъ государствъ[5]). По существу, слѣдуетъ особенно отмѣтить одинъ пунктъ, къ которому, кромѣ того, мы должны будемъ вернуться ниже. Именно, основнымъ условіемъ отвѣтственности

различныхъ правилъ. Въ рейнской области, удержавшей Наполеоновскій кодексъ, примѣнялась къ государству и его агентамъ ст. 1384 этого кодекса, какъ къ «maître» и «préposé», тогда какъ въ остальной части страны, при отсутствіи текста, отвѣтственность государства отрицалась внѣ гражданско-правовыхъ отношеній.

[1]) Reichsgesetzblatt, 1910, 798 (№ 29).

[2]) Объяснительная записка къ проекту этого закона (Verhandlungen d. Reichstags, 1910, Drucksache № 5: Begründung, 17) опредѣляетъ такимъ образомъ двѣ категоріи актовъ: «властные» акты (öffentliche Gewalt) — «сфера дѣятельности государства, свойственная ему какъ таковому, въ противоположность другой части государственной дѣятельности, принадлежащей къ общему правовому и хозяйственному обороту». Большинство актовъ, совершаемыхъ чиновниками, относится къ той или другой области. Комментаторъ прусскаго закона 1909 г. (котораго § 1 въ этомъ отношеніи текстуально сходенъ съ § 1 имперскаго) указываетъ, что возможны случаи, не подходящіе ни подъ ту, ни подъ другую категорію (Coester, Haftung d. Staates... nach preussischem Rechte — «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», 1911, 286, пр. 1). Это получается, какъ намъ кажется, въ германской практикѣ въ результатѣ ограничительнаго толкованія понятія obrigkeitlicher Akt. См. напр. рѣшенія: рейхсгерихта 12, X, 1910 («Deutsche Juristen-Zeitung» 1911, 281); OLG. Штуттгартъ 28, II, 1911 (тамъ же, 1911, 1563).

[3]) Для всѣхъ степеней вины, что подчеркивается объяснительной запиской.

[4]) Какъ для всякаго рода деликтныхъ исковъ (BGB. § 852).

[5]) Begründung (указ. выше), 16.— Положеніе чиновниковъ колоній и Эльзаса-Лотарингіи («имперской земли») относительно этого закона спорно. См. Thoma, Jahrbuch d. öff. Rechts, 1911, 373.

Digitized by Google

государства является индивидуальная вина со стороны опредѣленнаго чиновника. Въ этомъ, между прочимъ, коренное различіе системъ германской и французской. Единственное исключеніе, въ германскомъ правѣ, состоитъ въ томъ, что убытки, причиненные чиновникомъ въ состояніи психической невмѣняемости, подлежатъ возмѣщенію, однако лишь «въ предѣлахъ справедливости». Прусскій законъ 1 августа 1909 года основанъ на тѣхъ же принципахъ какъ и законъ имперскій. Что касается коммунальныхъ управленій, союзовъ коммунъ и проч., законъ подвергаетъ ихъ такой же отвѣтственности за ихъ чиновниковъ, съ тѣмъ лишь исключеніемъ, что государство принимаетъ на себя отвѣтственность за мѣстныхъ чиновниковъ, ведущихъ акты гражданскаго состоянія. Важнѣйшее различіе имперскаго и прусскаго законовъ состоитъ въ томъ, что послѣдній сохраняетъ для исковъ къ государству тѣ же процессуальныя правила, какія существовали въ Пруссіи для исковъ къ чиновникамъ, именно процедуру такъ наз. конфликта. Въ силу закона объ этомъ предметѣ отъ 1854 года и ст. 11 § 2 вводнаго закона къ имперскому учрежденію судебныхъ установленій 1877 года, въ случаѣ возбужденія иска противъ чиновника, администрація можетъ возбудить пререкніе по вопросу о неправильности акта, которое судится высшимъ административнымъ трибуналомъ (Oberverwaltungsgericht). Такая же система остается въ силѣ при дѣйствіи новаго закона. Имперское право, наоборотъ, не имѣло для исковъ противъ чиновниковъ никакихъ особыхъ процессуальныхъ формъ; дѣла подобнаго рода подсудны единственно гражданскимъ судамъ. Поэтому имперскій законъ и не упоминаетъ о процессѣ: прежній порядокъ остается въ силѣ и при отвѣтственности имперіи. Исключеніе допущено только для агентовъ дипломатической службы [1]). Относительно иностранцевъ имперскій законъ (§ 7) устанавливаетъ правило взаимности: иностранецъ можетъ получить удовлетвореніе по иску согласно новому закону лишь въ томъ случаѣ, если въ его странѣ признано подобное право за германскими подданными, закономъ или спеціальнымъ международнымъ договоромъ [2]).

---

[1]) Именно, для нихъ отвѣтственность государства не признается въ томъ случаѣ, если дѣйствія ихъ будутъ объявлены канцлеромъ «соотвѣтствующими политическимъ и международнымъ соображеніямъ». Цѣль этого постановленія, какъ было указано въ комиссіи, — избѣжать «сенсаціонныхъ процессовъ», гдѣ передъ гражданскимъ судомъ обсуждались бы внѣшнія дѣла имперіи.

[2]) Слѣдуетъ замѣтить слово «законъ». Французскій гражданинъ очевидно не получитъ въ Германіи вознагражденія по закону 1910 г., несмотря на то, что во Франціи практика широко признаетъ отвѣтственность государства даже и передъ иностранцами; но во Франціи нѣтъ закона объ этомъ; нуженъ,

Digitized by Google

Приблизительно въ то же время — въ 1908 году — герцогство Ольденбургъ издало законъ въ томъ же смыслѣ прямой отвѣтственности государства. Въ 1909 году въ Вальдекѣ, въ 1910 году въ Брауншвейгѣ и Ангальтѣ, въ 1912 году въ Любекѣ были приняты подобные же законы. — Итакъ, громадное большинство государствъ, составляющихъ Германскую имперію, а также и сама имперія, приняли правило отвѣтственности государства за чиновниковъ изъ актовъ публично-правового характера. Объяснительная записка къ имперскому закону выражаетъ надежду, что и остальныя государства имперіи послѣдуютъ тому же примѣру. Съ своей стороны рейхстагъ, принимая законъ 1910 года, вотировалъ резолюцію, въ которой приглашалъ имперскаго канцлера обратить вниманіе на этотъ предметъ правительствъ тѣхъ германскихъ государствъ, въ которыхъ вопросъ еще не регламентированъ [1])[2]).

Движеніе въ сторону признанія отвѣтственности государства, какъ мы видѣли, особенно расширилось въ послѣднее десятилѣтіе. Отмѣтимъ еще, что въ 1903 и 1904 годахъ швейцарскіе кантоны Невшатель и Ваадтъ издали законы, подобные указаннымъ германскимъ: въ нихъ признаны отвѣтственность государства и право регресса къ виновному чиновнику [3]).

III. Если принципъ общей отвѣтственности государства въ сферѣ административной дѣятельности принятъ въ положительномъ правѣ, — задача теоріи состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить основанія этой отвѣтственности. Въ дальнѣйшемъ мы постараемся намѣтить

слѣдовательно, международный договоръ для признанія отвѣтственности въ Германіи передъ франц. гражданами. Правъ былъ, намъ кажется, Гирке, съ этой точки зрѣнія, когда въ текстѣ, предложенномъ имъ при докладѣ 28-му съѣзду герм. юристовъ писалъ въ болѣе общей формѣ: если эта отвѣтственность не «принята» въ странѣ иностранца, и т. д. (Verhandlungen, указ. выше, I, 143). Съ точки же зрѣнія принципіальной, относительно неправильности и безцѣльности начала взаимности въ этомъ предметѣ, намъ остается только согласиться съ соображеніями, высказанными Н. И. Лазаревскимъ, ор. с., 393—395.

[1]) Къ настоящему времени (средина 1913 г.) въ Германской имперіи положеніе таково: прямая отвѣтственность государства: имперія; Пруссія, Баварія, Баденъ, Вюртембергъ, Саксонія, С.-К.-Гота, Рейссъ млад. лин., Брауншвейгъ, Ольденбургъ, Любекъ, Ангальтъ, Вальдекъ. Отвѣтственность субсидіарная: Гессенъ, Сакс.-Веймаръ, Шварцб.-Зондерсгаузенъ, Рейссъ старш. лин.; Эльзасъ-Лотарингія. Опредѣленно-отрицательныя постановленія: оба Мекленбурга. Отрицательное рѣшеніе, принятое практикой при отсутствіи текста: Сакс.-Мейнингенъ, С.-Альтенбургъ, Шварцб.-Рудольштаттъ, Шаумб.-Липпе, Липпе, Бременъ. — Въ Гамбургѣ принятіе подобнаго закона (объ отвѣтственности государства) — вопросъ времени, хотя и съ ограничительными процессуальными формами («Deutsche Jur.-Ztg.», 1911, 135).

[2]) Засѣданіе 21 апрѣля 1910 г. — Verhandlungen d. Reichstags, 2599; Drucksache № 366 (т. 263, 1916).

[3]) «Annuaire de législation étrangère», 1903, 466; 1904, 301.

Digitized by Google

основы этой задачи, опираясь на указанныя выше данныя положительнаго права.

1. — Основанія отвѣтственности въ указанной области публичнаго права не являются тождественными съ основаніями отвѣтственности въ правѣ гражданскомъ. Въ области послѣдняго, въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ [1]), отвѣтственность возникаетъ (за немногими исключеніями) изъ вины; вина содержитъ въ себѣ два элемента: одинъ объективный — нарушеніе обязанности дѣйствовать или не дѣйствовать и другой субъективный — психическое состояніе умысла или неосторожности. Возможно ли примѣненіе этихъ цивилистическихъ критеріевъ къ государству въ области публичнаго права? Отвѣтственность государства въ этихъ случаяхъ могла бы быть объяснена согласно съ этой теоріей лишь при томъ условіи, если бы, во-первыхъ, мы разсматривали государство какъ юридическое лицо и его агентовъ какъ его органовъ; и во-вторыхъ, если бы мы признали государство способнымъ совершать недозволенныя дѣйствія, быть въ состояніи умысла или неосторожности. Такова именно теорія Гирке. Государство есть, въ его системѣ, юридическое лицо, подобное всѣмъ остальнымъ. Какъ реальное существо, одаренное волей, оно способно на дѣйствія, согласныя или противныя праву. Съ другой стороны, всякій искъ объ убыткахъ, проистекающій изъ деликта, относится, по Гирке, по самому существу своему къ гражданскому праву; въ частности, незаконный актъ, виновное дѣйствіе, совершенное, хотя бы при исполненіи обязанностей службы, чиновникомъ, есть нарушеніе права публичнаго, и выходитъ за его предѣлы: послѣдствіе такого дѣйствія, искъ объ убыткахъ, должно слѣдовать правиламъ права частнаго [2]). Подобная, въ существѣ, система была предложена В. А. Маклаковымъ въ его докладѣ Московскому Юридическому Обществу 28 сентября 1910 года. Именно, онъ настаивалъ на томъ, что отвѣтственность государства [3]) можетъ быть выведена изъ дѣйствующихъ текстовъ законовъ гражданскихъ, каковы ст. 684 и 574 т. X ч. 1. Слѣдуетъ лишь, по мнѣнію докладчика, реформировать процессуальные законы по этому предмету. Въ преніяхъ, слѣдовавшихъ за докладомъ, почти всѣ оппоненты отвергли утвержденіе, касающееся матеріальной стороны (соглашаясь однако съ основами предложенной процессуальной реформы). Было замѣчено, въ особенности, что элементъ вины, хотя и не

[1]) Т. X, ч. 1, ст. 684, ср. 644, 647, 574, и установившаяся практика. Французск. Code civ., 1382—1383; Германск. BGB § 823, и др.

[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie (1887), 784, 794—795.

[3]) Даже изъ актовъ законныхъ, но приносящихъ особенные убытки частнымъ лицамъ (что приближается къ излагаемой ниже теоріи Майера).

Digitized by Google

указанный прямо въ ст. 684 и 574 зак. гражд., требуется не только теоріей гражданскаго права, но и постоянной русской практикой, и духомъ другихъ статей т. X ч. 1-й[1])[2]). Подобная теоріи Гирке, органическая теорія, скрыта, какъ намъ кажется, въ французской теоріи и практикѣ по вопросу о «служебной винѣ» (къ которому мы еще вернемся). Хотя французская практика не примѣняетъ больше въ подобныхъ случаяхъ ст. 1382 C. civ., примѣненіе дѣйствующаго гражданскаго права было бы логически связано съ этой теоріей. Вопросъ о деликто-способности юридическихъ лицъ, и въ частности, государства, уже очень не новъ; дебатировать его здѣсь мы считаемъ не отвѣчающимъ нашей ближайшей задачѣ. Замѣтимъ только, что намъ представляется затруднительнымъ признать государство, какъ юридическое единство, въ состояніи вины. Для теоретиковъ, признающихъ государство источникомъ всякаго права, и единственнымъ его источникомъ, вопросъ не можетъ быть, конечно, даже поставленъ. Но если и не придерживаться этой теоріи, намъ представляется очевиднымъ, что государство всѣмъ своимъ существованіемъ связано съ идеей права. Признаніе деликто-способности государства представляется намъ, поэтому, теоретически — отвлеченно, натяжкой, не вызываемой вмѣстѣ съ тѣмъ и практическою потребностью примѣненія теоріи къ жизни. Въ другой цивилистической системѣ, которую примѣняла нѣкогда (1845—1855 г.) французская практика и которую примѣняли еще въ Пруссіи (рейнской) до 1909 года — отвѣтственность за пред-

[1]) Докладъ и изложеніе преній приведены въ «Вопросахъ Права» 1910, кн. IV.— Ср. Станкевичъ, Къ вопросу о матеріальн. основаніи отвѣтственности за убытки, причиненные дѣйствіями должн. лицъ — «Право», 1911 № 48.— Что касается процессуальной стороны вопроса, на которой мы здѣсь не останавливаемся, — основы доклада В. А. Маклакова кажутся намъ правильными.

[2]) Т. М. Яблочковъ (Обзоръ суд. практики по примѣненію ст. 1—2 Уст. Гражд. Суд. — «Юрид. Вѣстникъ» 1913, I, 161—163) находитъ примѣнимою въ данномъ предметѣ ст. 2 Уст. Гражд. Суд., которую, по его мнѣнію, Сенатъ неправильно «замалчиваетъ». Намъ кажется, однако, что для примѣненія этой статьи нѣтъ достаточныхъ основаній. Слова статьи о «возстановленіи» заставляютъ думать не о вознагражденіи за вредъ, а о возстановленіи, напр., нарушеннаго владѣнія (ст. 29, п. 4; 202 Уст. Гражд. Суд.). Авторъ считаетъ, повидимому, что ст. 2 даетъ право на вознагражденіе и за правильныя дѣйствія должностныхъ лицъ и мѣстъ; нашему же праву вообще такой принципъ чуждъ; кромѣ того, не видно, гдѣ тогда будетъ граница для признанія права на вознагражденіе. Если и предположить, что вообще ст. 2 говоритъ объ искахъ о вознагражденіи, то неуказаніе въ ней отвѣтчика (въ сопоставленіи съ ст. 677 т. X, ч. 1 и 1316 Уст. Гражд. Суд.) не даетъ основанія видѣть въ ней признаніе отвѣтственности казны или правительственныхъ мѣстъ, а не лицъ. Ст. 2 не согласуется ни съ какою матеріальною нормой законовъ гражданскихъ. Неизвѣстно (и этого не касается Т. М. Яблочковъ), по какимъ матеріальнымъ правиламъ должны обсуждаться иски, въ случаѣ признанія примѣнимости этой статьи: прямой отвѣтственности или отвѣтственности за представителя по ст. 687 т. X, ч. 1.

Digitized by Google

ставителя гражданскаго права привлекается къ сужденію случаевъ публично-правовыхъ (ст. 1384 C. civ.). Государство уподобляется «хозяину» или «поручателю», и чиновникъ — служащему или представителю. Помимо общаго противорѣчія современнымъ теоріямъ государственной службы; помимо соображеній историческихъ и самыхъ текстовъ подобныхъ законовъ, явно разсчитанныхъ на регламентацію отношеній частныхъ лицъ въ сферѣ частной ихъ жизни, — слѣдующія частичныя возраженія должны быть представлены противъ этой системы. При отвѣтственности за убытки, причиненные въ гражданскомъ правѣ представителемъ, искъ можетъ быть предъявленъ противъ хозяина такъ же какъ и противъ представителя, виновника убытковъ, лично [1]). Однако, ни французская система отвѣтственности государства, ни германская (законы имперскій 1910 года и прусскій 1909) не признаютъ такого начала, устанавливая отвѣтчикомъ единственно государство: альтернативность иска исключена. Другое частное возраженіе противъ примѣнимости теоріи представительства должно быть сдѣлано спеціально съ точки зрѣнія русскаго права. Ст. 687 т. X ч. 1 освобождаетъ «господъ и вѣрителей» отъ отвѣтственности, «когда будетъ доказано, что они не могли предотвратить дѣянія, причинившаго вредъ или убытки» [2]). Мы не представляемъ себѣ, какъ можно было бы примѣнять это постановленіе къ государству; кто и какъ могъ бы доказывать напр. отсутствіе culpa in eligendo. — Въ случаѣ примѣненія положительнаго гражданскаго права, по той или другой изъ указанныхъ системъ, логической необходимостью было бы и примѣненіе этого права къ чиновникамъ всякаго другого государства, для отвѣтственности изъ актовъ, совершенныхъ ими на территоріи данной страны. Таковъ выводъ, принимаемый, между прочимъ, однимъ германскимъ авторомъ [3]). Кто будетъ тогда признанъ отвѣтственнымъ? [4]) Непріемлемость подобнаго вывода доказываетъ намъ еще разъ невѣрность цивилисти-

[1]) Замѣтимъ, что эта возможность не исключена въ германскомъ правѣ и при примѣненіи § 31 BGB (таково, по крайней мѣрѣ, какъ намъ извѣстно, господствующее воззрѣніе); несмотря на то, что § 31 BGB является передовымъ въ ряду кодексовъ по вопросу о прямой отвѣтственности юридическихъ лицъ.

[2]) Ср. ст. 686. — Въ этомъ отношеніи русскій законъ ставитъ это право представляемаго много шире, чѣмъ французскій и германскій.

[3]) Kisch, Elsass-Lothr. Landes-privatrecht (1905), 338—340.

[4]) Если отвѣтственнымъ признать государство, гдѣ актъ совершенъ и судится дѣло, это явится абсурдомъ. Отвѣтственно будетъ, быть можетъ, государство чиновника (каково будетъ рѣшеніе, если право этого государства не признаетъ подобной отвѣтственности?); но дѣло должно судиться по матеріальнымъ и процессуальнымъ правиламъ страны (такъ какъ вопросъ идетъ о деликтной, а не о контрактной отвѣтственности), и провѣрка законности дѣйствія должна производиться по такимъ же правиламъ...

Digitized by Google

ческихъ построеній въ нашемъ предметѣ. Невозможность же примѣненія дѣйствующаго гражданскаго права доказываетъ необходимость особаго закона по данному предмету (тамъ, гдѣ невозможно широкое развитіе практики, подобной французской), — разъ только институтъ отвѣтственности государства признанъ будетъ практически желательнымъ и теоретически объяснимымъ.

2. — Отвѣтственность государства въ указанной выше области не можетъ быть объяснена и регламентирована правилами частнаго права. Предметъ этотъ принадлежитъ, по нашему мнѣнію, всецѣло къ праву публичному. Нужно, слѣдовательно, установить публично-правовую точку зрѣнія, которая могла бы привести къ общей формулѣ основаніе отвѣтственности государства; съ другой стороны, нужно установить предѣлы этой отвѣтственности. Нѣсколько системъ было предложено; постараемся анализировать важнѣйшія насколько возможно кратко.

Одна теорія особенно распространена во Франціи, гдѣ нужно было найти теоретическое обоснованіе устанавливавшейся новой практикѣ Государственнаго Совѣта: это теорія равенства гражданъ передъ государственными повинностями, развитая особенно Тессье[1]). Ее стремятся, кромѣ того, вывести изъ законодательныхъ текстовъ, именно изъ ст. 13 декларацiи правъ 1789 года[2]) и соотвѣтствующихъ текстовъ позднѣйшихъ конституцій. Каждый долженъ, — говорятъ представители этой теоріи, — переносить убытки, причиненные ему законнымъ и нормальнымъ ходомъ административной организаціи. Убытки же исключительные, причиненные дурнымъ функціонированіемъ ея, являются нѣкоторою печальною необходимостью, и ихъ послѣдствія должны быть распредѣлены между всѣми членами даннаго коллектива (государства, общины и т. п.). Подобная, въ основѣ своей, теорія, была предложена Отто Майеромъ. Принципъ публично-правового вознагражденія (öffentlichrechtliche Entschädigung) авторъ находитъ уже у Гроція, давшаго довольно опредѣленное выраженіе этой идеѣ[3]); осуществленіе его частью видитъ уже во времена Фридриха

[1]) Teissier, Responsabilité..., op. c. (1906), 177—178; 218—219; Tirard, La responsabilité de la puissance publique (1906), 138; Bigot d'Engente, Responsabilité... (1907). Въ Бельгіи подобная же теорія проводится у R. Marcq, op. c. (1911), 356, 359, сл. — Эта система была принята въ принципѣ проф. Opiy въ предыдущемъ (7) изданіи его «Précis de dr. adm.», какъ соображеніе «высшей политики и справедливости»; въ послѣднемъ (8-мъ) изданіи онъ, какъ кажется, ее отвергаетъ (стран. 482, 484).

[2]) Ст. 13: «Для содержанія вооруженной силы и для расходовъ по управленію необходимы всеобщія денежныя повинности; онѣ должны быть равномѣрно распредѣлены между всѣми гражданами, сообразно съ ихъ платежеспособностью (facultés)».

[3]) O. Mayer, Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht («Neue Zeit- und Streitfragen», 1904, V), 4.

Digitized by Google

Великаго [1]) и законодательнымъ выраженіемъ его считаетъ ст. 75 Введенія къ «Прусскому общему праву» [2]). Правило это является, по Майеру, одной изъ основъ «общепризнанной справедливости»; оно имѣетъ себѣ аналогичное выраженіе въ гражданскомъ правѣ, въ институтѣ иска изъ неправильнаго обогащенія. Въ публичномъ правѣ правило это таково: когда убытки, причиняемые администраціей, падаютъ на кого-либо неравнымъ и непропорціональнымъ образомъ, ему должно быть дано вознагражденіе «изъ общей кассы». Въ отношеніяхъ между государствомъ и индивидуумомъ послѣдній принужденъ часто къ тѣмъ или инымъ жертвамъ; въ случаѣ же «особой жертвы» (besonderer Opfer) на пользу общества, послѣднее должно вознаградить за нее того, кто ее приноситъ [3]). — Противъ обѣихъ приведенныхъ теорій возражаютъ, во-первыхъ, что равенство передъ повинностями — не болѣе какъ формула, довольно растяжимый принципъ [4]): на практикѣ невозможно примѣнять его съ точностью. Принятіе этой формулы, какъ опредѣленной и единственной законодательной нормы, привело бы судью къ непреодолимымъ затрудненіямъ; особенно въ случаяхъ, когда убытки терпитъ цѣлая группа лицъ. Гдѣ будетъ въ послѣднемъ случаѣ граница между «особой жертвой» (О. Майера) и общей? [5]) Во-вторыхъ, эти теоріи вызываютъ въ качествѣ логическаго вывода вознагражденіе въ случаяхъ, когда убытки причинены не только безъ субъективной вины агентовъ, но и безъ всякаго объективнаго правонарушенія. Положительное право предусматриваетъ случаи наиболѣе крупныхъ посягательствъ на частную собственность; оно даетъ вознагражденіе по экспропріаціи и смежнымъ институтамъ (о чемъ мы упоминали выше, I); законы, устанавливающіе фискальныя монополіи, напримѣръ (тамъ же, I, прим.) вознаграждаютъ за уничтоженіе конкуренціи частныхъ предпріятій. Мы не думаемъ, чтобы должно было или можно было итти дальше, — признать и организовать право вознагражденія при всякомъ причиненіи «особыхъ» убытковъ. Государственное предпріятіе («публичная служба»), напримѣръ, можетъ причинить громадные убытки, своею конкуренціей, частнымъ предпріятіямъ и отдѣльнымъ лицамъ.

---

[1]) Фридрихъ Великій, въ видѣ милости и добровольно, вознаграждалъ потерпѣвшихъ убытки отъ маневровъ. Mayer, тамъ же.

[2]) Ст. 75: «Государство должно вознаградить того, кто принужденъ пожертвовать своими особенными (частными) правами и выгодами на пользу общества». — «Прусское общее право» (Allgemeines Landrecht) издано въ 1794 г.

[3]) O. Mayer, Droit administratif allemand, IV (1906), 221—231.

[4]) Ст. 13 декларации правъ 1789 относится, какъ кажется, просто къ отмѣнѣ сословныхъ привилегій стараго режима.

[5]) Напр., таможенная пошлина на одинъ какой-либо видъ или родъ товаровъ. Hauriou, op. c. (8-e éd.), 485.

Digitized by Google

Но невозможно, намъ кажется, требовать въ каждомъ подобномъ случаѣ вознагражденія. Одно причиненіе убытковъ, чего типичнымъ случаемъ является закономѣрная конкуренція [1]), не можетъ быть принято какъ основаніе обязанности вознагражденія ни въ гражданскомъ ни въ публичномъ правѣ. Отвѣтственность безъ вины, даже объективной, примѣняется, напр., къ несчастнымъ случаямъ въ промышленности; мы вернемся еще къ этому вопросу въ связи съ теоріей вины. Къ тѣмъ же, по существу, результатамъ и выводамъ приводитъ теорія страхованія, административнаго риска, «объективной отвѣтственности», по выраженію Дюги [2])[3]). Въ эволюціи французской практики по предмету отвѣтственности государства Дюги видитъ образованіе теоріи страхованія. Государство не есть юридическая личность; слѣдовательно, вина его агентовъ не можетъ быть ему «вмѣнена». Но, выдавая вознагражденіе за убытки, причиненные агентами, государство является по отношенію къ частному лицу «страховщикомъ противъ риска должностной вины» (писалъ Дюги въ 1907 году); въ подобныхъ случаяхъ передъ нами «какъ бы страхованіе противъ административнаго риска» (пишетъ онъ въ 1913 году) [4]). Мы не можемъ анализировать здѣсь всю послѣдовательность идей, связывающихъ у автора эту теорію съ доктриной его объ исчезновеніи понятій суверенитета, всякихъ (даже гражданскихъ) субъективныхъ правъ изъ современнаго правопорядка. Но такъ какъ слѣдствія изъ его теоріи въ основѣ таковы же, какъ и изъ двухъ другихъ, отмѣченныхъ ранѣе, то мы могли бы и противъ нея повторить тѣ же возраженія. Одинъ пунктъ, однако, долженъ быть особо отмѣченъ: теорія риска обусловливаетъ переложеніе доказательствъ, какъ это имѣетъ мѣсто при отвѣтственности предпринимателя за несчастные случаи въ промышленности [5]). Это является, на нашъ взглядъ, еще новымъ доводомъ противъ примѣненія теоріи риска къ отвѣтственности государства; это являлось бы и практически непримѣнимымъ, и теоретически неправильнымъ, такъ какъ особыя отношенія рабочаго къ предпринимателю вовсе не тождественны общимъ отношеніямъ гражданина (частнаго лица, «обывателя») къ государству. Кромѣ того, намъ кажется, что проф. Дюги въ своей теоріи не слѣдуетъ фран-

---

[1]) Michoud, Théorie de la personnalité morale, II, 216.

[2]) Duguit, Droit constitutionnel (1907), 666, слѣд.;—Traité de dr. const. (1911), I, 253, 257; — Transformations, op. c. (1913), 259—262.

[3]) Подобная въ существѣ теорія принята Лазаревскимъ, въ указанной его книгѣ «Отвѣтственность за убытки...» (1905), 303—305.

[4]) Duguit, Transformations, op. c., 255.

[5]) Такъ какъ только доказательство вины потерпѣвшаго освобождаетъ, въ этой системѣ, государство отъ отвѣтственности. Ср. Duguit, Transformations, op. c., 261—262.

Digitized by Google

цузской практикѣ, или эта практика не послѣдовала за проф. Дюги. Кромѣ рѣшеній, касающихся служащихъ государства (см. ниже, 4, d) единственнымъ рѣшеніемъ, предполагающимъ теорію, подобную теоріи Дюги, является рѣшеніе 1909 года по дѣлу Плюшаръ [1]). Но болѣе новая практика съ такой теоріей не согласуется, и ее можно считать въ этомъ отношеніи установившейся; это доказывается рядомъ рѣшеній, приведенныхъ выше (II) и болѣе новыми, принятыми послѣ 1909 года [2]). Съ иной точки зрѣнія, наконецъ, — съ точки зрѣнія правовой политики, — теорія риска нежелательна потому, что она имѣетъ свою «безнравственную сторону» (un côté immoral, по выраженію проф. Оріу, высказавшаго эту мысль въ замѣткѣ подъ однимъ рѣшеніемъ): она представляетъ административныя ошибки какъ нѣчто необходимое, неизбѣжное въ администраціи; этимъ ослабляется стимулъ совершенствованія въ ея средѣ [3]).

Итакъ, теоріи равенства повинностей, справедливаго вознагражденія за «особую жертву», риска и страхованія — недостаточны, несмотря на то, что каждая изъ нихъ содержитъ долю истины. Онѣ недостаточны чрезмѣрной своей широтой, своимъ «стремленіемъ къ расширенію» [4]). Различные авторы стремятся, поэтому, внести къ нимъ ограничительныя поправки. Съ одной стороны, стремятся ограничить характеръ убытковъ, дающихъ право на вознагражденіе. Такъ по Мишу, такіе убытки должны быть «необычны своей значительностью и исключительнымъ характеромъ». Убытки должны быть вызваны, съ другой стороны, «нарушеніемъ (субъективнаго) права» по однимъ указаніямъ [5]); по другимъ, дѣйствіе, вызвавшее убытки, должно быть и нарушеніемъ права объективнаго [6]) и должно быть вмѣнено опредѣленному агенту (правило германскаго права). Такимъ образомъ все болѣе суживается основаніе отвѣтственности, и, ограничивая его указаннымъ образомъ, авторы теряютъ изъ вида отправную точку. Какъ можетъ итти рѣчь о равенствѣ повинностей, или объ «особой жертвѣ», или о страхованіи риска, когда убытокъ долженъ быть необычнымъ (анормальнымъ), особеннымъ, составлять нарушеніе объективнаго и субъективнаго права?

3. — Вопросъ объ основаніи отвѣтственности государства долженъ разсматриваться, какъ намъ кажется, иначе. Теоретическія непослѣ-

[1]) Pluchard, Recueil (Macarel-Lebon), 1909, 1029.— И это спорно. Само рѣшеніе говоритъ о «faute de service public».
[2]) 29. III 1912 (Serret), Recueil 1912, 463.—10. V 1912 (Ambrosini), указ. выше, — Sirey, 1912, 3, 161.
[3]) Hauriou, note, Sirey 1905, 3, 113.
[4]) Michoud, Théorie de la pers. mor. (op. c.), II, 274.
[5]) Michoud, тамъ же.
[6]) Herrnritt, Gutachten, op. c., 347.

Digitized by Google

довательности и практическія неудобства могутъ быть избѣгнуты, по нашему мнѣнію, если мы убѣдимся, что передъ нами не одинъ, а два вопроса. Мы думаемъ, что эти два вопроса могутъ и должны разсматриваться отдѣльно. Первый — это вопросъ объ общемъ основаніи отвѣтственности государства, который можетъ быть выраженъ такъ: если признано, что общество (въ широкомъ смыслѣ) должно возмѣщать убытки, причиненные дѣйствіями его агентовъ,— какой юридическій принципъ можетъ обобщить и объяснить эту обязанность? Второй вопросъ,— о спеціальномъ, или частномъ основаніи отвѣтственности,— можетъ быть изложенъ такимъ образомъ: каковы тѣ фактическія данныя, которыя вызываютъ эту отвѣтственность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ? Подобная постановка проблемы не является полнымъ новшествомъ; она лишь намѣчена, скрыта у нѣкоторыхъ изъ приведенныхъ авторовъ; всѣ они, однако, разсматриваютъ обѣ части проблемы вмѣстѣ, тогда какъ намъ представляется много болѣе удобнымъ ихъ раздѣлить.

Въ качествѣ общаго основанія отвѣтственности, ни одна изъ указанныхъ выше теорій, какъ намъ кажется, не соотвѣтствуетъ ни юридической дѣйствительности, ни соображеніямъ de lege ferenda, — если ихъ принять въ ихъ формѣ и съ послѣдствіями, изъ нихъ вытекающими. Намъ кажется, однако, что одна идея, заключенная въ теоріи Отто Майера, должна быть признана вѣрной: именно, что отвѣтственность государства изъ неправильныхъ дѣйствій агентовъ имѣетъ ту же основу, что и отвѣтственность его изъ законныхъ дѣйствій [1]). Принципъ публично-правового вознагражденія есть общее основаніе отвѣтственности государства и другихъ юридическихъ лицъ публичнаго права за неправильныя дѣйствія ихъ агентовъ. Принципъ этотъ, въ самомъ дѣлѣ, очень простъ и можетъ быть формулированъ такимъ образомъ: общество возмѣщаетъ убытки, причиненные отдѣльнымъ лицамъ функціонированіемъ его администраціи. Административный актъ, хотя и неправильный, приходится, однако, разсматривать какъ административный актъ; при дѣйствіяхъ, не имѣющихъ вовсе отношенія къ служебной дѣятельности агента, не можетъ быть рѣчи, конечно, объ отвѣтственности государства. Можно сказать также, что нѣкоторое количество неправильныхъ дѣйствій составляетъ на дѣлѣ своего рода неизбѣжное зло: въ этомъ смыслѣ вину чиновниковъ можно считать «рискомъ» для общества; но только въ этомъ смыслѣ мы можемъ приблизиться къ теоріи риска; мы

[1]) O. Mayer, Dr. admin. allemand (op. c.), IV, 221—223. Также Coester, op. c., 298, сл.

Digitized by Google

указали выше на непріемлемость ея юридическихъ послѣдствій. Такъ какъ идея публично-правового вознагражденія обосновываетъ возмѣщеніе убытковъ также и изъ нѣкоторыхъ правильныхъ дѣйствій администраціи, и такъ какъ, съ другой стороны, мы уже указывали на неправильность и ненужность идеи деликтоспособности государства, то мы считаемъ правильнымъ дѣлавшееся не разъ указаніе, что терминъ «отвѣтственность» не подходитъ къ нашему предмету [1]). Но такова уже установившаяся терминологія, указывающая на новизну предмета. Итакъ, принципъ публично-правового вознагражденія въ качествѣ основанія отвѣтственности является матеріальнымъ «genus». Отсюда формальныя «species»: экспропріація; спеціальные случаи, предусмотрѣнные особыми законами; и наконецъ, общая отвѣтственность за административные акты, заключающіе элементъ вины въ различныхъ, указываемыхъ ниже, градаціяхъ. Вина и является, по общему правилу и внѣ спеціальныхъ законовъ, частнымъ, или спеціальнымъ основаніемъ отвѣтственности. На этомъ послѣднемъ моментѣ приходится остановиться нѣсколько подробнѣе. Если общее основаніе отвѣтственности можетъ быть признано одинаковымъ для положительнаго права всѣхъ тѣхъ странъ, гдѣ признается общая отвѣтственность государства, то относительно понятія вины и связаннаго съ этимъ вопроса о соотношеніи личной отвѣтственности чиновника съ отвѣтственностью государства, здѣсь придется отмѣтить важныя различія.

4. — Какъ мы видѣли, въ матеріалахъ положительнаго права, собранныхъ выше, элементъ вины занимаетъ преобладающее мѣсто. Принципъ отвѣтственности за чистый случай не возобладалъ. Мы должны здѣсь опредѣлить въ основныхъ чертахъ значеніе теоріи вины въ отвѣтственности государства. Мы увидимъ, что понятіе вины, хотя и данное первоначально гражданскимъ правомъ, не тождественно съ понятіемъ вины въ правѣ публичномъ: оно претерпѣваетъ здѣсь нѣкоторыя измѣненія.

а) Тамъ, гдѣ отвѣтственность государства не примѣняется, тамъ къ личной отвѣтственности чиновниковъ прилагаютъ, вполнѣ логично, теорію вины такою, какова она въ гражданскомъ правѣ. Вина строго-субъективна, она должна быть, чтобы вызвать отвѣтственность, вмѣнена агенту. Отвѣтственность не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда кромѣ нарушенія права (объективный элементъ) нѣтъ на лицо умысла или неосторожности со стороны агента. Таково было правило и французскаго права, когда отвѣтственность государства въ публичномъ правѣ не признавалась.

---

[1]) Piscitelli, op. c., Rivista di dir. pubbl., 1911, II, 275; Coester, op. c., 298.

Digitized by Google

Таково же правило новаго германскаго права. Указанные германскіе законы просто перенесли отвѣтственность чиновника на государство; всѣ условія прежняго порядка остаются въ силѣ и, между прочимъ, условіе субъективной вины [1])[2]). Съ этимъ связано другое, практически не менѣе важное условіе (которое особенно важно будетъ отмѣтить при сравненіи съ французскимъ правомъ): убытки должны быть причинены опредѣленнымъ чиновникомъ; это вполнѣ естественное условіе при примѣненіи § 839 BGB (герм. кодекса); и это требованіе остается въ силѣ, по указанію комментаторовъ, послѣ изданія законовъ объ отвѣтственности государства: чтобы взыскивать съ государства убытки, потерпѣвшій долженъ указать имя виновнаго агента [3]).

b) Французская практика, вводя постепенно отвѣтственность государства, принуждена была дѣлать различія. Вполнѣ естественно было не принимать этой отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе, въ которомъ обвиняется агентъ, не имѣетъ никакого отношенія къ его должности. Въ тѣхъ случаяхъ также, когда дѣло шло о дѣйствіяхъ, имѣющихъ лишь внѣшность, видимость должностныхъ дѣйствій, но которыя въ существѣ были въ явномъ, рѣзкомъ противорѣчіи закону, примѣнялась личная отвѣтственность чиновника. Отвѣтственность государства признавалась и признается только въ случаяхъ такъ называемой «служебной вины». Подъ «служебной виной» понимаютъ, въ отрицательномъ смыслѣ, всякую вину, которая не признается «личной» виной агента; нужно, слѣдовательно, опредѣлить эту послѣднюю. Ее опредѣляютъ, какъ актъ, совершенный хотя и въ должности, но который показываетъ въ агентѣ не должностное лицо, а «человѣка съ его слабостями и недостатками», по выраженію Лаферьера [4]); актъ, который можно «отдѣлить отъ должности», по формулѣ, сдѣлавшейся тради-

[1]) Чиновникъ долженъ быть виновнымъ «по отношенію къ третьему лицу» (т.-е. частному лицу) — BGB § 839.— По практикѣ, «третьимъ лицомъ» можетъ быть также само государство, какъ фискъ, субъектъ имущественныхъ правъ.

[2]) Coester, тамъ же, 302—323.

[3]) Coester, тамъ же, 323, и примѣчаніе (примѣръ). Этотъ послѣдній пунктъ стоитъ въ противорѣчіи съ правиломъ, установленнымъ германской практикой по отношенію къ отвѣтственности юридическихъ лицъ по § 31 BGB, т.-е. въ отношеніяхъ частно-правовыхъ: въ этихъ случаяхъ указаніе опредѣленнаго агента не требуется, разъ доказано существованіе убытковъ съ ихъ причинной связью съ дѣятельностью юридическаго лица. (Staudingers Kommentar zum BGB (7/8 Aufl., 1912), I, 212). Причина этой непослѣдовательности очевидна. На отвѣтственность государства изъ публично-правовыхъ отношеній не были перенесены правила § 31 BGB (какъ того требовалъ Гирке), а отвѣтственность государства просто была поставлена на мѣсто отвѣтственности чиновника.

[4]) Laferrière, въ заключеніяхъ, данныхъ Трибуналу конфликтовъ 5, V, 1877— Dalloz 1878, 3, 13.

Digitized by Google

ціонной въ рѣшеніяхъ Трибунала конфликтовъ. Съ другой точки зрѣнія, это актъ анормальный, который — по Оріу — «не согласуется съ извѣстнымъ обычнымъ типомъ административнаго акта» [1]). Болѣе точнымъ образомъ личное виновное дѣйствіе опредѣляется Дюги какъ совершенное должностнымъ лицомъ «съ цѣлью иною, чѣмъ цѣль его должности» [2]). — Формулы Лаферьера, Трибунала конфликтовъ и проф. Оріу не представляются намъ опредѣленными. Практика руководствуется въ отдѣльныхъ случаяхъ болѣе обстоятельствами дѣла, чѣмъ какимъ-либо опредѣленнымъ юридическимъ принципомъ. Если были дѣла, гдѣ положеніе было ясно и рѣшеніе логично, то было еще больше и такихъ, гдѣ то и другое было весьма сомнительно [3]). Возьмемъ критерій, предложенный Дюги, — признакъ цѣли, преслѣдуемой чиновникомъ, совершающимъ вину. Бываютъ случаи, когда цѣль, преслѣдуемая агентомъ государства (или другого юридическаго лица публичнаго права) является въ его сознаніи цѣлью должностной (и потому «коллективной», по выраженію Дюги), но на самомъ дѣлѣ таковою не является. Подобная вина должна ли быть вмѣнена агенту, является ли она его личной виной? Да, по нашему мнѣнію; потому что невозможно входить въ детали внутреннихъ переживаній индивидуумовъ-агентовъ; съ другой стороны, коллективъ не можетъ принимать на себя вину дѣйствія, которое не соотвѣтствуетъ его цѣлямъ. Одно изъ двухъ: или эта цѣль (преслѣдуемая агентомъ) не соотвѣтствуетъ коллективнымъ цѣлямъ, и налицо вина, субъективная, личная, со стороны агента; или эта цѣль соотвѣтствуетъ ей, и тогда или цѣль эта легальна, и тогда вина только на сторонѣ агента, поступившаго недозволеннымъ образомъ; или сама цѣль противозаконна, но тогда самое существованіе коллектива противозаконно (что нельзя представить себѣ по отношенію къ государству). Мы не видимъ возможности иныхъ положеній. Остается, слѣдовательно, вопросъ о степени и о мѣрѣ: существуютъ провинности болѣе и менѣе тяжкія; цѣль, преслѣдуемая агентомъ, при виновномъ дѣйствіи можетъ составить, въ числѣ другихъ, смягчающее обстоятельство

---

[1]) Hauriou, Précis de dr. admin. (8-e éd.), 94; ср. 498—499.

[2]) Duguit, Droit const. (1907), 461; — Traité de dr. const. (1911), I, 554—555; — Transformations (op. c., 1913), 231—233.

[3]) Напр., мэръ отказываетъ, безъ достаточныхъ основаній, въ выдачѣ свидѣтельства о безукоризненномъ поведеніи: это признано виной должностной. Учитель произноситъ въ классѣ непристойныя рѣчи и оскорбляетъ армію: вина личная. Мэръ свидѣтельствуетъ подпись, не принявъ, для удостовѣренія въ личности подписывающаго, мѣръ, рекомендованныхъ циркуляромъ: вина личная. Ср. указанный выше случай исчезновенія частныхъ суммъ благодаря несоблюденію указаній циркуляра комиссаромъ полиціи: тамъ была признана при аналогичныхъ обстоятельствахъ вина служебная (или должностная — faute de service).

Digitized by Google

при обсужденіи вины агента; но этотъ моментъ не можетъ избавить его вовсе отъ его виновности. Вопросъ долженъ, по нашему мнѣнію, ставиться такимъ образомъ: въ какой мѣрѣ справедливо и цѣлесообразно, въ отдѣльныхъ случаяхъ, чтобы коллективъ принималъ на себя отвѣтственность? Здѣсь мы подходимъ къ вопросу о соотношеніи отвѣтственности государства съ отвѣтственностью чиновника. Объ этомъ скажемъ нѣсколько словъ ниже, теперь же останемся въ предѣлахъ теоріи вины.

c) Теорія служебной (или должностной) вины, которую мы только-что привели, — вины индивидуальной, субъективной, но не вмѣняемой чиновнику — несмотря на свою сомнительность и неопредѣленность, практически оказала большую услугу теоріи отвѣтственности государства. Съ одной стороны, именно она привела во Франціи практику, за отсутствіемъ текста, къ принятію этой отвѣтственности. Съ другой стороны, она повліяла на недавнее образованіе третьей разновидности теоріи вины, наиболѣе широкой, — вины объективной, безличной, называемой во Франціи «виной публичной службы» (faute de service public). Случается часто, что убытки причиняются ходомъ какой-либо публичной службы (въ широкомъ смыслѣ слова — промышленнымъ государственнымъ предпріятіемъ, организаціей, относящейся къ государственной оборонѣ, полицейскими мѣрами), иначе говоря, какой бы то ни было коллективной дѣятельностью публичныхъ агентовъ. Виновные найдены будутъ, можетъ быть, впослѣдствіи; въ моментъ же причиненія убытковъ они неизвѣстны. При примѣненіи двухъ изложенныхъ системъ (a—b) никакой искъ въ подобныхъ случаяхъ невозможенъ: ни противъ виновнаго, такъ какъ онъ неизвѣстенъ, ни противъ государства. Подобное положеніе остается правиломъ германскаго права, какъ уже указано. Въ современной же французской системѣ достаточно доказательства, что убытки причинены дѣятельностью публичной службы, дѣятельностью неправильной, дефектной, и искъ принимается административнымъ судомъ и разсматривается по существу. Примѣры этому даны были выше [1]). Нельзя не признать этого нововведенія французской практики вполнѣ справедливымъ и цѣлесообразнымъ. Теоретически возможны споры о томъ, слѣдуетъ ли говорить здѣсь о винѣ «публичной службы» какъ коллективной личности; этотъ вопросъ ближайшимъ образомъ связанъ съ той же теоріей деликтоспособности юридическихъ лицъ, о которой мы выше упоминали. Для

[1]) Дѣла Perrimond (взрывъ порохового склада), Auxerre (солдатъ, убитый на маневрахъ), и соображенія проф. Оріу по поводу дѣла Ambrosini (взрывъ броненосца).

Digitized by Google

самой же теоріи отвѣтственности и для практики (съ точки зрѣнія государства и съ точки зрѣнія потерпѣвшаго) совершенно безразлично, кто именно изъ агентовъ причинилъ убытки.

d) Отвѣтственность или обязанность вознагражденія со стороны государства, безъ наличности какой-либо вины и внѣ спеціальнаго закона (напр., закона о несчастныхъ случаяхъ въ промышленности) какъ общее правило, какъ мы видѣли, не признается. Французская же практика примѣняетъ ее къ особой категоріи дѣлъ: тамъ, гдѣ потерпѣвшими являются тѣ или иные служители государства, и въ случаяхъ, аналогичныхъ тѣмъ, какіе предусмотрѣны законами о несчастныхъ случаяхъ въ промышленности. Здѣсь находитъ себѣ мѣсто и переложеніе доказательствъ на отвѣтчика[1]). Мы не находимъ возраженій противъ этой практики. Однако, въ другихъ странахъ подобная практика, внѣ текстовъ, едва ли возможна; традиціи французскаго Государственнаго Совѣта придаютъ ему исключительную свободу въ рѣшеніяхъ, не имѣющую, какъ кажется, себѣ равныхъ.

5. — Сравнивая двѣ типичныя системы, приведенныя выше, — германскую и французскую, — съ точки зрѣнія соотношенія отвѣтственности государства съ отвѣтственностью чиновника, мы должны теперь резюмировать ихъ основныя черты. Новая германская система признаетъ единственную форму отвѣтственности: отвѣтственность здѣсь всегда прямая, на первомъ мѣстѣ, государства, — съ правомъ регресса къ виновному агенту [2]). Отсюда охрана, всегда достаточная, интересовъ частныхъ лицъ, потерпѣвшихъ убытки, тогда какъ французская система иска противъ самого чиновника въ случаѣ «личной» вины не устраняетъ возможности, для истца, не получить ничего въ случаѣ несостоятельности чиновника. Интересы фиска не страдаютъ отъ этого въ германской системѣ сколько-нибудь значительно. Во французскомъ правѣ самъ судъ (или Трибуналъ конфликтовъ, — учрежденіе, по крайней мѣрѣ процессуально, судебное) рѣшаетъ вопросъ о личной отвѣтственности чиновника, и въ этомъ положительная сторона этого порядка съ точки зрѣнія интересовъ чиновника. Ни та, ни другая система не представляется намъ, однако, вполнѣ удовлетворитель-

---

[1]) См. объ этомъ Bigot d'Engente, op. c., 41—43, который одинъ, какъ кажется, подчеркиваетъ это, вынося въ отдѣльную группу. — Ср. рѣшеніе Гос. Совѣта по d. Lefébure, — Sirey 1911, 3, 81 и «Recueil» (Lebon) 1909, 140. (Въ этомъ дѣлѣ комиссаръ правительства указывалъ, правда, на аналогію съ Code civ., ст. 1732.)

[2]) Мы не останавливаемся на системѣ отвѣтственности субсидіарной, существующей въ нѣсколькихъ германскихъ государствахъ (см. примѣч. выше, 11 въ концѣ). Новое право отказывается отъ этой системы, являющейся только полумѣрой, и притомъ внутренне-противорѣчивой.

Digitized by Google

ною. Французскій порядокъ, основанный на шаткомъ базисѣ различія «личной» и «служебной» вины, рѣзко различаетъ отвѣтственность чиновника и отвѣтственность государства. Но такъ какъ мы указали, что это различіе относительно вины стремится быть ни чѣмъ инымъ, какъ различіемъ степени (количественнымъ, а не качественнымъ), то малѣйшій перевѣсъ въ ту или другую сторону долженъ рѣшать вопросъ иногда о цѣломъ имуществѣ чиновника, что едва ли можно считать справедливымъ и цѣлесообразнымъ. Германская же система оставляетъ рѣшеніе этого основного вопроса, въ формѣ права регресса, на произволъ административныхъ начальствъ[1]). Можно было бы, намъ кажется, улучшить обѣ системы, давая право суду[2]) взыскивать часть суммы съ виновнаго чиновника, сообразно съ степенью его виновности.

Институтъ общей и прямой отвѣтственности государства изъ неправильныхъ дѣйствій его агентовъ представляется весьма желательнымъ и цѣлесообразнымъ — и съ точки зрѣнія частныхъ лицъ, и съ точки зрѣнія чиновниковъ, и, вмѣстѣ съ этимъ, съ точки зрѣнія обще-государственной. Сознаніе его цѣлесообразности все распространяется, чему доказательствомъ служитъ положительное право нѣсколькихъ важнѣйшихъ государствъ Европы. Можно надѣяться, что рано или поздно онъ будетъ введенъ въ Россіи. Тѣмъ не менѣе, въ теоріи многія стороны предмета требуютъ еще новой и новой переработки. Не претендуя исчерпать проблемы, мы намѣтили только нѣкоторыя ея стороны, тѣ, которыя намъ казались важнѣйшими, или тѣ, на которыя обращено было донынѣ мало вниманія, и почтемъ свою задачу выполненной, если немногія высказанныя здѣсь мысли и замѣчанія вызовутъ новое обсужденіе, возраженія — и даже опроверженіе.

Пав. Алексѣевъ.

---

[1]) Это прямо указываетъ Coester, op. c., 328.
[2]) Или дисциплинарному присутствію — ср. Лазаревскій, op. c., 391.

Digitized by Google

Понятіе наказанія.

Послѣдняя четверть XIX вѣка была богата въ области науки уголовнаго права оживленными спорами сторонниковъ различныхъ направленій о пониманіи задачъ карательной дѣятельности государства. Это была эпоха назрѣвавшаго кризиса стараго уголовнаго права, основаннаго на почти исключительномъ господствѣ идеи возмездія. Въ пылу борьбы зарождались и проповѣдывались антагонистическія теоріи, выдвигающія новое пониманіе преступности и призывавшія государственную власть къ новымъ средствамъ борьбы съ преступностью. Борьба эта не закончилась конечнымъ торжествомъ того или другого изъ направленій. Но все же съ началомъ XX вѣка мы видимъ уже извѣстный поворотъ. Споръ съ теоретическихъ позицій переносится въ плоскость практическихъ реформъ, и здѣсь рядъ новыхъ идей обнаружилъ значительную способность амальгамироваться съ старыми положеніями классической школы. Новые проекты уголовныхъ кодексовъ — швейцарскаго, австрійскаго, германскаго, а также уголовныя уложенія начала XX вѣка — русское Угол. Улож. 1903 г. и норвежское уложеніе 1902 г. — обнаружили способность воспринимать практическія положенія соціологической и даже антропологической школъ безъ разрушенія старыхъ, традиціонныхъ понятій уголовнаго права. Условное осужденіе, мѣры соціальной защиты, власть судьи освобождать отъ наказанія, даже неопредѣленные приговоры мирно вошли въ область уголовнаго права и проявили способность симбіоза съ нормами стараго типа. Вмѣстѣ съ тѣмъ ослабѣлъ антагонизмъ и въ теоретической области и обнаружилась возможность совмѣстной законодательной работы. Все это явилось симптомомъ того, что въ области уголовнаго права произошла нѣкоторая перемѣна: измѣнилось содержаніе нѣкоторыхъ основныхъ понятій науки, и тамъ, гдѣ раньше чувствовалась пропасть взаимной отчужденности, нынѣ стали намѣчаться отдѣльныя соединенія. Классики стали доказывать, что новыя мѣры покрываются нѣсколько расширенными опредѣленіями традиціонныхъ понятій, соціологи и антропологи перестали претендовать на универсальное значеніе

Digitized by Google

выставленныхъ ими лозунговъ, а пріурочили ихъ къ опредѣленнымъ формамъ преступной дѣятельности и видамъ преступниковъ.

На почвѣ происшедшаго на практикѣ сближенія обнаружилась потребность пересмотрѣть снова основныя понятія уголовнаго права, провѣрить ихъ на почвѣ того новаго содержанія, которое начала вливать въ нихъ намѣчающаяся эволюція. На этотъ путь стали почти одновременно двое русскихъ ученыхъ, работы которыхъ вышли въ свѣтъ въ настоящемъ 1914, году. Первая изъ нихъ—работа московскаго криминалиста Е. Н. Ефимова — посвящена выясненію понятія преступленія. Это понятіе г. Ефимовъ считаетъ центральнымъ пунктомъ разногласій криминалистическихъ школъ, и въ установленіи его точнаго содержанія онъ видитъ единственный способъ выхода изъ теоретическаго эклектизма современныхъ уголовно-правовыхъ теорій. Пока вышла только первая часть этой работы, содержащая разборъ попытокъ естественно-научнаго, какъ характеризуетъ его авторъ, опредѣленія преступленія. Разсмотрѣнію этой книги мы посвятили особую рецензію[1]). Вторая работа принадлежитъ перу петроградскаго профессора А. А. Жижиленко. Она озаглавлена «Наказаніе, его понятіе и отличіе отъ другихъ правоохранительныхъ средствъ» и содержитъ подробный разборъ отдѣльныхъ формъ государственнаго принужденія въ связи съ правонарушеніемъ, при чемъ въ качествѣ центральнаго вопроса выдвигается понятіе наказанія, какъ оно присуще современному офиціальному праву.

Работа проф. Жижиленко является выдающимся научнымъ трудомъ, единственнымъ пока въ нашей литературѣ по данному вопросу, и ей, вѣроятно, будетъ суждено оставить замѣтный слѣдъ въ исторіи науки. Она есть продуктъ многолѣтнихъ изслѣдованій опытнаго и обладающаго большимъ научнымъ чутьемъ криминалиста, послѣдовательно продуманная во всѣхъ своихъ частностяхъ и изложенная съ большой эрудиціей. Въ ней мы находимъ исчерпывающее изложеніе и критику германскихъ литературныхъ мнѣній по затрагиваемымъ вопросамъ, цѣнные догматическіе экскурсы въ область нашего права (напр. по вопросамъ о примѣненіи оружія, о конфискаціи, о дисциплинарныхъ взысканіяхъ), изложеніе новыхъ мѣръ, намѣчающихся въ недавно вышедшихъ проектахъ уголовныхъ кодексовъ. Несмотря на сложность разсматриваемыхъ вопросовъ, авторъ повсюду ведетъ изложеніе яснымъ и точнымъ стилемъ и, въ заключеніе, опредѣленно формулируетъ свои выводы, такъ что читатель съ большою легкостью можетъ

[1]) Е. Ефимовъ. Природа преступленія, ч. I. Естественно-научная теорія преступленія. Москва 1914 г., нашу рец. см. Ж. М. Ю. 1914, кн. 6.

Digitized by Google

слѣдить за развивающейся мыслью автора. Наконецъ, въ заслугу автора слѣдуетъ поставить его стремленіе къ исчерпывающей полнотѣ затрагиваемыхъ имъ вопросовъ изъ области русскаго права, для чего потребовалась громадная работа изученія всѣхъ 16-ти томовъ нашего Свода Законовъ.

Столь выдающіяся достоинства работы говорятъ сами за себя. Былъ бы въ значительной мѣрѣ безплоденъ трудъ критика, который поставилъ бы себѣ цѣлью отысканіе отдѣльныхъ дефектовъ въ технической разработкѣ темы. Но есть другая сторона въ этой работѣ, которая не только допускаетъ, но даже требуетъ критическаго выясненія со стороны каждаго интересующагося новѣйшимъ развитіемъ науки криминалиста. Я имѣю въ виду принципіальные взгляды автора на содержаніе наказанія и на отношеніе его къ другимъ формамъ принудительной дѣятельности государства. Работа проф. Жижиленко настоятельно побуждаетъ къ пересмотру взглядовъ, сложившихся въ этой области. И задачей настоящей статьи явится не столько отрицательная цѣль — опроверженіе или критика отдѣльныхъ взглядовъ разсматриваемаго нами автора, сколько положительная задача параллельнаго съ авторомъ изложенія взгляда автора статьи на затронутыя въ книгѣ проблемы.

Въ введеніи къ своей книгѣ проф. Жижиленко справедливо указываетъ на то, что большинство авторовъ, пытавшихся дать опредѣленія наказанія, исходило не изъ изслѣдованія подлинно существующей системы наказаній, а клало въ основаніе свое наказаніе воображаемое, какъ оно имъ казалось желательнымъ съ точки зрѣнія уголовной политики, или, скажемъ также, съ точки зрѣнія абсолютныхъ признаваемыхъ ими за истинные правовыхъ критеріевъ. Въ противоположность этому, нашъ авторъ считаетъ необходимымъ путемъ анализа положительнаго права выяснить сущность отдѣльныхъ формъ реагированія на недозволенныя дѣянія и вскрыть ту основную мысль, которая лежитъ въ основаніи каждой изъ нихъ или, иными словами, установить внутреннее содержаніе наказанія и соприкасающихся съ нимъ правовыхъ институтовъ. При этомъ авторъ указываетъ на необходимость съ осторожностью относиться какъ къ обыденному словоупотребленію, такъ и къ терминологіи закона, ибо въ этой области господствуютъ порою неполнота, противорѣчія и неясности. Подлежащее установленію понятіе наказанія должно избѣгнуть двухъ опасностей: чрезмѣрной относительности и логичной порочности. Первый недостатокъ будетъ имѣться налицо, если въ опредѣленіе будутъ внесены такіе признаки, которые характеризуютъ наказаніе не какъ таковое, независимо отъ стадіи развитія и національныхъ или иныхъ осо-

Digitized by Google

бенностей, а какъ какую-либо конкретную форму карательной дѣятельности, характерную лишь для извѣстнаго періода. Второй порокъ получится, если понятіе наказанія будетъ опредѣлено чрезъ понятіе преступленія. Для установленія правильнаго понятія необходимо указать его родовые признаки и видовыя особенности, что возможно лишь путемъ сопоставленія этого института съ другими сходными институтами. Установленію этихъ признаковъ и посвящено дальнѣйшее изложеніе автора.

Основнымъ родовымъ признакомъ наказанія проф. Жижиленко считаетъ его принудительный характеръ. Этотъ признакъ сближаетъ наказаніе съ другими правоохранительными средствами. Эти средства опредѣляются какъ такія средства, «путемъ примѣненія которыхъ или принудительно достигаютъ воспрепятствованія проявленію недозволеннаго дѣянія или же принудительно реагируютъ на возникающее или возникшее недозволенное дѣяніе, при чемъ элементъ принужденія заключается въ томъ, что данныя правоохранительныя средства примѣняются независимо отъ воли или противъ воли тѣхъ лицъ, правовые интересы которыхъ они такъ или иначе затрогиваютъ». Всѣ правоохранительныя средства, являясь способомъ обезпеченія неприкосновенности правового строя, съ внѣшней стороны представляютъ собою извѣстныя дѣйствія, предпринимаемыя одними людьми въ отношеніи другихъ и выражающіяся въ вторженіи въ сферу правовыхъ благъ послѣднихъ. Обыкновенно вторженіе происходитъ въ сферу благъ жизни, тѣлесной неприкосновенности, свободы передвиженія, чести человѣка и его имущества. Съ внѣшней стороны различныя правоохранительныя средства могутъ выражаться въ одинаковыхъ мѣрахъ, тогда какъ по внутреннему существу они далеко неоднородны. Напр., лишеніе свободы можетъ быть и мѣрой предупредительной, и мѣрой карательной и, наконецъ, мѣрой соціальной защиты. Иногда также приходится признать двойственную природу нѣкоторыхъ правоохранительныхъ мѣръ, такъ какъ они выполняютъ одновременно нѣсколько функцій, какъ, напр., денежныя взысканія, назначаемыя за фискальныя нарушенія: они являются и наказаніемъ и возмѣщеніемъ ущерба казны. Примѣненіе принудительныхъ средствъ не всегда вызывается соображеніями правоохраны, оно мыслимо и для достиженія различныхъ задачъ государственнаго властвованія (напр. принудительная воинская повинность, принудительное отчужденіе земли).

Вторымъ признакомъ наказанія является то, что оно представляетъ собою вторженіе въ сферу правовыхъ благъ личности. Обыкновенно въ юридической литературѣ наказаніе съ внѣшней сто-

Digitized by Google

роны опредѣляется какъ извѣстное зло или страданіе, примѣняемое къ преступнику. Проф. Жижиленко не согласенъ съ такимъ опредѣленіемъ. Зло и добро — понятія изъ области нравственности, а не права, они не затрогиваютъ юридической сущности наказанія. Какъ для опредѣленія преступленія недостаточно будетъ указать, что оно является зломъ, такъ и для понятія наказанія недостаточна эта субъективная характеристика. При томъ, на дѣлѣ, наказаніе часто можетъ явиться для преступника и благомъ, поскольку оно стремится достигнуть осуществленія болѣе высокихъ задачъ (напр. возрожденія преступника къ соціальной жизни). Нельзя отъ того случайнаго обстоятельства, какъ реагируетъ преступникъ на наказаніе, ставить въ зависимость самое опредѣленіе наказанія. Такія же возраженія могутъ быть представлены и противъ опредѣленія наказанія, какъ страданія. Страдательный элементъ имѣется при примѣненіи самыхъ разнообразныхъ принудительныхъ мѣръ. Поправки въ родѣ тѣхъ, что наказаніе есть «преднамѣренное» страданіе или «искупительное» страданіе не спасаютъ отъ указаннаго дефекта соотвѣтственныя теоріи. Разсмотрѣвъ рядъ другихъ теорій германскихъ и русскихъ ученыхъ, пытавшихся охарактеризовать наказаніе съ внѣшней стороны, какъ «принужденіе къ чему-либо», какъ «выполненіе какихъ-либо возстановительныхъ дѣйствій», какъ «отнятіе охраны благъ преступника», проф. Жижиленко выставляетъ положеніе, что каждому наказанію присущъ моментъ нарушенія правовыхъ благъ личности, выражающійся въ лишеніи или умаленіи какого-либо блага. Даже такое легчайшее наказаніе, какъ выговоръ, имѣетъ въ себѣ этотъ признакъ. Съ другой стороны, отсутствіе этого признака не позволяетъ видѣть наказаніе въ условномъ осужденіи, какъ то дѣлаютъ нѣкоторые криминалисты.

Но признакъ вторженія въ сферу правовыхъ благъ еще не является достаточнымъ для того, чтобы обособить наказаніе отъ другихъ принудительныхъ средствъ. Въ составѣ этихъ послѣднихъ слѣдуетъ различать двѣ группы: средствъ, имѣющихъ въ виду будущую, грозящую неправду (мѣры предупрежденія), и такихъ средствъ, которыя пріурочены къ неправдѣ, начавшей уже совершаться или совершившейся. Наказаніе принадлежитъ ко второй группѣ: оно есть одно изъ правовыхъ послѣдствій неправды. Общимъ опредѣленіемъ этихъ послѣднихъ будетъ характеристика ихъ какъ такихъ принудительныхъ средствъ правоохраны, которыя заключаются въ противодѣйствіи совершающейся или уже совершившейся неправдѣ. Всю совокупность мѣръ, являющихся послѣдствіемъ, неправды, авторъ дѣлитъ на четыре группы, характеризующіяся

Digitized by Google

вполнѣ опредѣленными и имъ однимъ присущими функціями: 1) наказаніе, 2) мѣры защиты, 3) мѣры пресѣченія и 4) возмѣщеніе вреда. Изъ нихъ первыя двѣ могутъ быть противопоставлены двумъ послѣднимъ въ томъ отношеніи, что они направляются на личность того, кто имъ подвергается, тогда какъ послѣднія двѣ характеризуются какъ мѣры, направленныя на возстановленіе нарушеннаго правомѣрнаго состоянія. Отсюда наличность извѣстнаго сближенія другъ съ другомъ, съ одной стороны, мѣръ наказанія и мѣръ защиты, съ другой — мѣръ пресѣченія и возмѣщенія вреда.

Передъ тѣмъ какъ приступить къ разсмотрѣнію намѣченныхъ четырехъ группъ послѣдствій неправды, авторъ въ спеціальной главѣ останавливается на характеристикѣ мѣръ предупредительныхъ, т.-е. принимаемыхъ въ виду возможной въ будущемъ неправды. Съ внѣшней стороны эти мѣры очень часто напоминаютъ наказаніе, представляя порою весьма энергичное вторженіе въ сферу правовыхъ благъ человѣка. Тяжесть ихъ для правъ личности сознается въ настоящее время и государствомъ, которое постепенно начинаетъ передавать контроль надъ примѣненіемъ этихъ мѣръ уголовному суду, какъ лучшему защитнику правъ гражданской свободы, чѣмъ администрація. Мѣра предупредительная заранѣе не можетъ быть опредѣлена въ своемъ объемѣ, однако нормально указывается въ законѣ опредѣленный предѣлъ ея продолжительности. Съ наступленіемъ преступной дѣятельности мѣры предупрежденія переходятъ въ мѣры пресѣченія или наказанія. Примѣняются предупредительныя мѣры въ отношеніи лицъ опасныхъ вообще для правопорядка въ томъ смыслѣ, что отъ нихъ можно ожидать совершенія извѣстныхъ правонарушеній. Авторъ констатируетъ въ русскомъ положительномъ правѣ наличность пяти видовъ мѣръ предупрежденія: 1) полицейскаго ареста, 2) полицейскаго надзора, 3) воспрещенія жительства, 4) административной высылки и 5) высылки иностранцевъ. Эти институты онъ подвергаетъ содержательному и интересному догматическому анализу, выясняя ихъ предупредительную функцію. Кромѣ того, къ этой категоріи авторомъ относятся извѣстныя западному законодательству принудительное помѣщеніе умалишенныхъ въ спеціальныя заведенія и принудительное леченіе алкоголиковъ, при чемъ въ обоихъ случаяхъ имѣются въ виду лица, еще не совершавшія преступленій, но представляющія соціальную опасность. Въ особую группу предупредительно-обезпечительныхъ мѣръ авторъ относитъ мѣры, имѣющія въ виду обезпечить исполненіе извѣстныхъ обязанностей, лежащихъ на опредѣленномъ лицѣ и предпринимаемыя въ предположеніи о возможномъ ихъ неисполненіи. Эти мѣры

Digitized by Google

по преимуществу встрѣчаются въ области уголовнаго и гражданскаго процесса и разбиваются авторомъ на три группы: 1) мѣръ, обезпечивающихъ явку обвиняемаго, 2) мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе отъ слѣдствія и суда, 3) мѣръ, обезпечивающихъ представленіе доказательствъ. Основаніемъ всѣхъ ихъ является не учиненное лицомъ преступное дѣяніе, а предположеніе о возможности учиненія имъ новаго недозволеннаго дѣянія для того, чтобы избѣжать наказанія, — именно противодѣйствія правосудію въ его различныхъ видахъ. Противодѣйствіе правосудію со стороны обвиняемаго не есть наказуемое дѣяніе, но разсматривается какъ недозволенное дѣяніе, допускающее вообще примѣненіе принудительныхъ мѣръ правоохраны. Мѣры процессуальнаго принужденія и предупреждаютъ возникновеніе этой неправды, выражающейся въ противодѣйствіи правосудію. Особый характеръ ихъ не мѣняется отъ того, что положительное право въ томъ или иномъ отношеніи приравниваетъ ихъ къ наказанію. Такъ, напр., почти повсюду допускается зачетъ подслѣдственнаго заключенія въ наказаніе, но этотъ зачетъ, какъ вполнѣ справедливо указываетъ проф. Жижиленко, есть лишь способъ загладить то лишеніе, которое государство причинило индивиду, помимо заслуженнаго имъ, — въ силу лишь фактической необходимости. Принудительно-обезпечительныя мѣры встрѣчаются и въ области гражданскаго процесса. Такъ, авторъ къ нимъ относитъ отобраніе отъ отвѣтчика подписки о невыѣздѣ, а также наложеніе ареста или запрещенія на имущество.

Перейдя затѣмъ къ мѣрамъ, являющимся правовымъ послѣдствіемъ неправды, проф. Жижиленко въ первую голову ставитъ вопросъ о томъ внутреннемъ признакѣ, который отличаетъ наказаніе въ ряду другихъ мѣръ этой группы. Этотъ признакъ онъ понимаетъ какъ функцію, которую данный институтъ выполняетъ въ общемъ строѣ правовыхъ явленій, то его отправленіе, безъ котораго немыслимо самое представленіе о немъ, какъ объ опредѣленномъ институтѣ, какъ бы ни казались разнообразными внѣшнія формы его выраженія. При попыткѣ характеризовать этотъ признакъ нашему автору приходится вступить въ цѣлую чащу уголовно-правовыхъ теорій германской литературы. Къ большой заслугѣ автора слѣдуетъ отмѣтить, что съ большимъ искусствомъ и ясностью онъ классифицируетъ и излагаетъ высказанныя по этому вопросу литературныя мнѣнія. Эта глава книги является самостоятельной диссертаціей, посвященной одному изъ сложныхъ вопросовъ теоріи науки. Приходится только пожалѣть объ одномъ, именно, что объектомъ своего изученія авторъ сдѣлалъ лишь нѣмецкую литературу; въ отношеніи англійской, французской и

Digitized by Google

итальянской литературы онъ ограничивается краткимъ замѣчаніемъ, что онѣ не представляютъ особеннаго интереса. Это не совсѣмъ справедливо: въ итальянской и особенно англійской литературѣ мы встрѣчаемъ не мало прекрасныхъ работъ, посвященныхъ анализу идеи возмездія, въ которыхъ разбросано не мало интересныхъ мыслей по этому вопросу[1]).

Въ германской литературѣ по вопросу о возмездіи, какъ основномъ признакѣ наказанія, все спорно — и самое понятіе возмездія, и вопросъ о необходимости этого признака, и отношеніе его къ спеціальнымъ цѣлямъ наказанія. Даже вопросъ о группировкѣ отдѣльныхъ мнѣній, высказывавшихся по этимъ вопросамъ, представляетъ собою тему для самостоятельныхъ споровъ. Въ своемъ краткомъ изложеніи монографіи проф. Жижиленко я совершенно лишенъ возможности остановиться на изложеніи всѣхъ этихъ теорій. Укажу только, что нашъ авторъ сводитъ всѣ теоріи по вопросу о сущности возмездія въ пять слѣдующихъ рубрикъ: 1) теоріи, понимающія возмездіе какъ заглаживаніе или уравненіе, при чемъ это заглаживаніе понимается то какъ установленіе нѣкотораго эквивалента дѣянія, то какъ искупленіе, то какъ устраненіе происшедшаго отъ правонарушенія разлада, то какъ возстановленіе нарушеннаго равновѣсія; 2) теоріи, понимающія возмездіе какъ удовлетвореніе потребностей индивида, государства или общества, 3) теоріи, защищающія возмездіе въ смыслѣ общаго предупрежденія, 4) теоріи, характеризующія возмездіе какъ воздѣйствіе на человѣка, вызывающее у него опредѣленныя психическія переживанія и, наконецъ, 5) теоріи, видящія въ возмездіи реагированіе на учиненное. При первомъ пониманіи возмездія обращается главное вниманіе не столько на то, что заключается въ самомъ актѣ возмездія, сколько на то, что заключается въ правонарушеніи, вызывающемъ возмездіе; при второмъ и третьемъ пониманіи центръ тяжести переносится на переживанія третьихъ лицъ; при четвертомъ пониманіи — на переживанія лица, подвергаемаго возмездію, и наконецъ, при пятомъ пониманіи все исчерпывается указаніемъ дѣйствія, выражающаго возмездіе. Нужно отмѣтить при этомъ, что авторъ отдѣляетъ понятіе возмездія отъ понятій «таліона», «мести», «справедливости», которыя представляютъ или чрезмѣрное суже-

[1]) F. H. Wines. Punishment and reformation № 4. 2 ed. 1910. Oppenheimer, Rationale of punishment. 1913, De Quiros, Modern Theories of criminality, 1912. Въ Италіи Th. H. Green, Principles of political obligation, v. II ch. L. 1888, W. Woodbury Willoughby, Sociale justice Ch. X, Punitive justice, 1900 и др.

Pessina, Della svolgimento storico della dottrina della espiazione. Labriola, Ragione e Sviluppo della justicia punitiva, 1903, Meecaci, Trattato di diritto penale, 1901 и др.

Digitized by Google

ніе, или, наоборотъ, чрезмѣрное расширеніе этого понятія. Въ заключеніе критическаго обзора теорій, А. А. Жижиленко примыкаетъ къ послѣдней изъ намѣченныхъ имъ группъ, къ мнѣнію, высказанному Листомъ, Вахомъ, Франкомъ и нѣкоторыми другими, видѣвшими въ возмездіи просто реагированіе на учиненное. Единственно правильнымъ съ точки зрѣнія общности онъ считаетъ опредѣленіе возмездія какъ дѣйствія, направляющагося въ отношеніи лица, учинившаго что-нибудь, и выражающаго собой оцѣнку учиненнаго. Въ этомъ опредѣленіи подчеркивается, что возмездіе носитъ личный характеръ, что оно назначается въ виду опредѣленнаго поведенія (дѣйствія) лица, и, наконецъ, что оно выражается въ дѣйствіи, заключающемъ въ себѣ оцѣнку учиненнаго. Оцѣнка эта характеризуется какъ извѣстное — положительное или отрицательное — отношеніе лица воздѣйствующаго по отношенію къ тому, на что оно воздѣйствуетъ. Положительная оцѣнка выражается въ возмездіи наградой, отрицательная — въ возмездіи наказаніемъ. Оцѣнка эта происходитъ съ точки зрѣнія лица, примѣняющаго возмездіе, и потому для существа его безразлично, какъ воспринимаетъ эту оцѣнку лицо, подвергаемое возмездію. Можно себѣ представить, напр., что преступникъ будетъ видѣть въ наказаніи извѣстную награду, но природа отрицательнаго возмездія отъ того не измѣнится. Оцѣнка учиненнаго происходитъ на основаніи опредѣленныхъ критеріевъ, которые бываютъ или чисто субъективными, какъ при мести, или же объективными — при наказаніи. Въ послѣднемъ случаѣ приходится руководиться живущими въ данной средѣ воззрѣніями относительно значенія происшедшаго правонарушенія, при чемъ эти воззрѣнія бываютъ не только этическими, но весьма разнообразными по источнику своего происхожденія и по значенію. Къ этому взгляду на возмездіе какъ на отрицательную оцѣнку, приближаются взгляды, распространенные въ нашей литературѣ, на наказаніе какъ на порицаніе, но, по мнѣнію автора, въ порицаніи выражается уже не только самая оцѣнка дѣянія, а уже и нѣкоторое положительное указаніе на форму реагированія противъ него. Установивъ понятіе возмездія, авторъ переходитъ къ опредѣленію масштаба его, справедливо полагая, что безъ извѣстнаго соотношенія между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ немыслимо и самое понятіе возмездія. По мнѣнію автора это соотношеніе покоится на извѣстномъ представленіи о существованіи опредѣленныхъ требованій справедливости, содержаніе которыхъ мѣняется въ теченіе развитія. Понятіе наказанія, какъ возмездія, не исключаетъ возможности поставленія наказанію тѣхъ или иныхъ цѣлей. Возмездіе вызываетъ извѣстныя психическія переживанія, какъ

Digitized by Google

въ самомъ наказываемомъ, такъ и въ потерпѣвшемъ и во всемъ обществѣ. Эти переживанія могутъ быть использованы при самомъ осуществленіи возмездія въ интересахъ правового воспитанія индивида, въ интересахъ воздѣйствія на все общество или на подвергаемаго наказанію въ цѣляхъ его исправленія, устрашенія или обезвреживанія. Но всѣ эти цѣли измѣнчивы и непостоянны, тогда какъ возмездіе остается неизмѣнною сущностью наказанія. Признавая такимъ образомъ характернымъ признакомъ наказанія возмездіе, авторъ опровергаетъ возраженія тѣхъ ученыхъ, которые отрицательно относятся къ принятію этого признака. Они исходятъ при этомъ изъ различныхъ соображеній — изъ недостижимости осуществленія справедливаго возмездія путемъ наказанія, изъ недопустимости его въ современной жизни, какъ пережитка, какъ явленія неразумнаго или безнравственнаго, или отрѣшеннаго отъ жизни, изъ несовмѣстимости его съ началомъ цѣлесообразности наказанія и, наконецъ, изъ непригодности его для характеристики отдѣльныхъ наказаній. Проф. Жижиленко показываетъ, что эти возраженія являются плодомъ или неправильнаго пониманія возмездія или смѣшенія вопросовъ о сущности и о цѣли института. Попытки авторовъ, отрицающихъ возмездіе, говорить о «охранительномъ» характерѣ наказанія, о «опекающемъ» характерѣ или о наказаніи, какъ «осужденіи» въ значительной мѣрѣ произвольно устанавливаютъ содержаніе наказанія и противорѣчатъ всему историческому ходу развитія.

Въ связи со всѣмъ сказаннымъ о характерѣ наказанія, проф. Жижиленко выставляетъ слѣдующее его общее опредѣленіе: наказаніе есть правовое послѣдствіе недозволеннаго дѣянія, состоящее въ вторженіи въ сферу правовыхъ благъ виновнаго и выражающее этимъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія.

Добывъ искомое опредѣленіе, авторъ сопоставляетъ съ наказаніемъ другія правовыя послѣдствія неправды — мѣры соціальной защиты, мѣры пресѣченія и возмѣщеніе вреда, производя параллельно съ теоретическимъ разборомъ ихъ и классификацію отдѣльныхъ извѣстныхъ положительному праву мѣръ.

Разграниченіе наказанія и мѣръ соціальной защиты представляетъ наибольшій интересъ для современнаго криминалиста. Именно въ этой области происходила борьба школъ, именно здѣсь лежитъ граница въ пониманіи задачъ и методовъ уголовнаго права представителей стараго и новыхъ направленій. Должны ли новыя мѣры соціальной защиты быть поглощены новымъ расширеннымъ понятіемъ наказанія, или же онѣ, какъ чужеродное образованіе, являются лишь «пріемышемъ» уголовной науки, которому она дала

Digitized by Google

первоначальное воспитаніе, но который, окрѣпнувъ и вырастя, грозитъ завладѣть всѣмъ ея наслѣдствомъ? Должна ли криминологія усыновить этого пріемыша теперь, предоставивъ ему наслѣдованіе по закону, или же категорически объявить его чужеродцемъ, который долженъ себѣ искать иного пріюта? А. А. Жижиленко склоняется ко второму рѣшенію. Онъ находитъ принципіальное различіе между наказаніемъ и мѣрами соціальной защиты. Примѣненіе этихъ мѣръ вызывается не потребностью дать оцѣнку извѣстнаго правонарушенія, а исключительно потребностью предотвратить возможность учиненія новаго посягательства со стороны того лица, противъ котораго онѣ примѣняются. Въ основаніи примѣненія ихъ лежитъ не учиненное правонарушеніе, само по себѣ взятое, а такія особыя свойства личности его учинителя, обнаружившіяся въ его совершеніи, которыя грозятъ возможностью новыхъ правонарушеній и отъ вреднаго проявленія которыхъ правопорядокъ долженъ себя оградить. Отъ мѣръ предупредительныхъ онѣ отличаются лишь тѣмъ формальнымъ признакомъ, что примѣненіе ихъ обусловлено фактомъ уже учиненнаго, а не лишь возможнаго правонарушенія. Понятіе мѣръ соціальной защиты исчерпывается слѣдующимъ опредѣленіемъ: онѣ примѣняются къ лицамъ, учинившимъ преступныя дѣянія, и, не выражая собою оцѣнки учиненнаго и считаясь лишь съ особыми психическими свойствами этихъ лицъ, направлены на предупрежденіе учиненія ими новыхъ преступныхъ дѣяній путемъ воздѣйствія на нихъ посредствомъ вторженія въ сферу ихъ правовыхъ благъ. Эти мѣры какъ исключительныя были извѣстны уже давно, но особенное развитіе онѣ получили въ новомъ уголовномъ правѣ. Въ качествѣ такихъ мѣръ законодатель примѣняетъ обыкновенно извѣстныя ему мѣры чисто предупредительныя или карательныя, заключающіяся въ лишеніи свободы, далѣе сюда относятся мѣры наблюденія, нѣкоторые виды лишенія правъ, опубликованіе приговора. Примѣненіе этихъ мѣръ, по существу своему, является дѣятельностью, выходящей за предѣлы отправленія уголовнаго правосудія, но сохраненіе ихъ въ рукахъ суда оправдывается рядомъ практическихъ соображеній — соображеніями экономіи затраты силъ, большею легкостью для суда констатировать опасность лица на основаніи имѣвшагося у него матеріала, большимъ довѣріемъ населенія къ суду и большими гарантіями, которыя онъ представляетъ. Характерными особенностями содержанія этихъ мѣръ является неопредѣленность ихъ дѣйствія по времени: онѣ отпадаютъ съ устраненіемъ опасности лица, далѣе — разнообразіе режима этихъ мѣръ въ связи съ индивидуальными особенностями подвергаемыхъ имъ лицъ. Примѣ-

Digitized by Google

неніе мѣръ соціальной защиты въ большинствѣ случаевъ не вытѣсняетъ наказаніе, а дополняетъ его, и только въ отдѣльныхъ случаяхъ по соображеніямъ справедливости онѣ не кумулируются съ наказаніемъ, а поглощаютъ его. Являясь особымъ видомъ правовыхъ послѣдствій неправды, мѣры соціальной защиты не подчиняются правиламъ общей части уголовныхъ уложеній относительно порядка назначенія наказанія, относительно смягчающихъ и увеличивающихъ вину обстоятельствъ, относительно отпаденія наказанія при давности или помилованіи и т. д. Въ самомъ кодексѣ эти мѣры должны быть выдѣлены въ особую группу или даже для нихъ можетъ быть созданъ особый кодексъ. Для этихъ мѣръ проф. Жижиленко предлагаетъ слѣдующую классификацію: 1) лишеніе свободы, 2) полицейскій надзоръ, 3) лишеніе извѣстныхъ правъ, 4) опубликованіе приговора. Изъ этихъ категорій первая является болѣе сложной. Она расчленяется на 1) удаленіе въ опредѣленную мѣстность или изъ опредѣленной мѣстности и 2) интернированіе. Послѣдняя подгруппа, въ свою очередь, можетъ быть разбита на 1) мѣры изоляціи и леченія, примѣняемыя а) къ невмѣняемымъ, б) лицамъ съ такъ наз. уменьшенной вмѣняемостью, в) къ алкоголикамъ, 2) мѣры принудительнаго воспитанія несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, 3) мѣры трудового перевоспитанія нищихъ, тунеядцевъ и т. д. и 4) мѣры обезвреживанія общеопасныхъ рецидивистовъ. Мы лишены возможности дать подробное изложеніе каждой изъ этихъ мѣръ. Но оно уже отчасти извѣстно русской публикѣ изъ вышедшей въ 1909 г. брошюры А. А. Жижиленко о мѣрахъ соціальной защиты.

Группа мѣръ, обнимаемыхъ общимъ названіемъ мѣръ пресѣченія, составляетъ вторую категорію стоящихъ на ряду съ наказаніемъ послѣдствій неправды. Авторъ характеризуетъ ее какъ совокупность такихъ мѣръ, которыя направлены на прекращеніе недозволенныхъ дѣяній или на устраненіе проявленія противозаконной дѣятельности. Эти мѣры являются наиболѣе естественнымъ послѣдствіемъ неправды въ томъ отношеніи, что даже при отказѣ отъ наказанія или иныхъ мѣръ правопорядокъ не отказывается отъ мѣръ пресѣченія, не будучи въ состояніи примириться съ самымъ фактомъ существованія противоправнаго дѣянія и его осязательныхъ, воплотившихся въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ или предметахъ послѣдствій. Въ этихъ мѣрахъ отсутствуетъ моментъ оцѣнки дѣянія, и потому для нихъ теряетъ значеніе вопросъ о виновности, столь существенный для наказанія. Выборъ этихъ мѣръ опредѣляется не оцѣнкой дѣянія, а главнымъ образомъ энергіей происходящаго посягательства съ примѣненіемъ начала наибольшей

Digitized by Google

экономіи принудительныхъ средствъ. Эти мѣры по необходимости неопредѣленны по своему размѣру и примѣняются до тѣхъ поръ, пока это необходимо для прекращенія происходящаго или происшедшаго неправомѣрнаго состоянія. Внѣшнимъ своимъ содержаніемъ онѣ порою близко подходятъ къ мѣрамъ карательнымъ и даже иногда носятъ тѣ же наименованія, какъ и наказанія, но существо ихъ глубоко отлично отъ послѣдняго. Въ цѣляхъ правильнаго ихъ пониманія эти мѣры слѣдуетъ разбить на нѣсколько видовъ. Такъ, прежде всего можно различать мѣры пресѣченія субъективнаго характера — направленныя непосредственно противъ личности правонарушителя, и мѣры объективнаго характера — направленныя на явленія, въ которыхъ выражается противозаконная дѣятельность. Мѣры субъективнаго характера могутъ различаться по тому, — въ чемъ выражается пресѣкаемое дѣйствіе — въ содѣяніи чего-либо или же въ несовершеніи чего-либо, бездѣйствіи; въ первомъ случаѣ онѣ выражаются въ принудительномъ прекращеніи дѣятельности, во второмъ — принужденіи къ исполненію. Обычною формою внѣшняго ихъ выраженія является лишеніе свободы или денежное взысканіе; лишь въ исключительныхъ случаяхъ допускается примѣненіе болѣе энергическихъ вторженій въ сферу интересовъ личности, какъ то наблюдается при необходимой оборонѣ или при употребленіи оружія. Примѣненіе этихъ мѣръ можетъ исходить какъ отъ частныхъ лицъ, такъ и отъ органовъ власти. Къ числу мѣръ перваго рода слѣдуетъ отнести необходимую оборону и дозволенное самоуправство, къ числу вторыхъ: 1) употребленіе оружія, 2) мѣры удаленія, 3) мѣры привода и 4) мѣры задержанія. Каждая изъ этихъ мѣръ составляетъ предметъ самостоятельнаго разсмотрѣнія въ изслѣдованіи проф. Жижиленко. Особенно интересными являются экскурсы въ область нашего права по вопросу объ употребленіи оружія органами власти, гдѣ авторъ отмѣчаетъ рядъ особенностей, не замѣченныхъ прежними изслѣдователями вопроса, а также по вопросу о мѣрахъ удаленія. Полномочія, предоставленныя въ этомъ отношеніи предсѣдательствующему въ Гос. Думѣ и въ судебныхъ засѣданіяхъ, онъ справедливо признаетъ особой формой мѣръ пресѣченія, а не дисциплинарной властью, какъ то принято считать въ нашей литературѣ. Къ категоріи мѣръ пресѣченія субъективнаго характера авторъ относитъ и различныя понудительныя наказанія, принуждающія лицо къ выполненію отдѣльныхъ дѣйствій (напр. редактора къ помѣщенію опроверженія въ газетѣ).

Но на ряду съ мѣрами пресѣченія субъективнаго характера положительное право широко примѣняетъ и рядъ мѣръ объективнаго

Digitized by Google

характера, которыя, не затрогивая личности правонарушителя, ограничиваются устраненіемъ внѣшнихъ проявленій происшедшаго правонарушенія и его послѣдствій. Эти мѣры можно разбить на три группы: 1) мѣры, устраняющія то, что произошло вопреки требованіямъ или въ несоотвѣтствіи съ требованіями закона; 2) мѣры, выражающіяся въ изъятіи изъ оборота тѣхъ предметовъ, которые такъ или иначе затрогиваются противозаконною дѣятельностью; онѣ выражаются въ двухъ формахъ — отобраніи имущества и наложеніи ареста; и 3) мѣры, которыя заключаются въ признаніи не имѣющимъ юридическаго значенія того, что произошло вопреки требованію закона — правовая ничтожность. Мѣры перваго рода удачно опредѣлены въ ст. 37 Угол. Улож. 1903 г., а въ дѣйствующемъ правѣ разбросаны въ различныхъ частяхъ Свода. Мѣры второго рода выражаются въ возвращеніи собственнику вещей, добытыхъ преступленіемъ, въ различныхъ видахъ такъ наз. спеціальной конфискаціи и, наконецъ, въ арестѣ, налагаемомъ на отдѣльныя вещи. Что касается извѣстнаго германскому праву института «приведенія въ негодный видъ», то его слѣдуетъ считать особою мѣрой объективнаго характера, примыкающей къ конфискаціи. Изъ всѣхъ этихъ мѣръ авторъ съ особенною подробностью останавливается на конфискаціи, въ составѣ которой различаетъ рядъ особыхъ подвидовъ и формъ. Этотъ интересный очеркъ, однако, имѣетъ слишкомъ спеціальный характеръ, чтобы мы могли выдѣлить его въ планѣ общаго изложенія. Укажу лишь, что для одного только нашего права имъ устанавливается шесть различныхъ типовъ конфискаціи: 1) конфискація того, что является продуктомъ преступной дѣятельности, 2) конфискація того, что явилось результатомъ неправильнаго производства или несоблюденія установленныхъ закономъ формъ сдѣлокъ, 3) конфискація предметовъ, добытыхъ противозаконнымъ путемъ, 4) конфискація орудій преступленія, 5) конфискація предметовъ, найденныхъ вмѣстѣ съ предметами, подлежащими конфискаціи въ первыхъ двухъ случаяхъ, 6) конфискація предметовъ, не относящихся къ преступленію. Классификація эта является чисто эмпирической и, какъ мы увидимъ далѣе, излишне громоздкой. Послѣднимъ видомъ мѣръ пресѣченія авторъ считаетъ правовую ничтожность совершеннаго дѣянія, въ область эту онъ относитъ отдѣльныя постановленія гражданскихъ и уголовныхъ законовъ, предусматривающихъ ничтожность гражданскихъ сдѣлокъ и отобраніе вещей, переданныхъ въ силу сдѣлки, признанной недѣйствительной.

Наконецъ, послѣднюю группу правовыхъ послѣдствій неправды образуютъ мѣры возмѣщенія вреда. Онѣ преслѣдуютъ цѣль

Digitized by Google

возстановленія правомѣрнаго состоянія путемъ предоставленія лицамъ, нарушившимъ чужіе правоохраненные интересы, извѣстнаго эквивалента, соотвѣтствующаго причиненному этимъ интересамъ ущербу. Вредъ, который компенсируется эквивалентомъ, можетъ быть вредомъ и матеріальнымъ и вредомъ моральнымъ; въ равной мѣрѣ и эквивалентъ можетъ имѣть такой же двойственный характеръ. Но въ современномъ правѣ отдается рѣшительное предпочтеніе матеріальному эквиваленту. Моральное удовлетвореніе сохраняется лишь въ видѣ испрошенія прощенія и опубликованія приговора по дѣламъ объ оскорбленіи. Роль возмѣщенія вреда въ борьбѣ съ преступностью давно уже подчеркивается криминалистами, и многіе уголовные кодексы помѣщаютъ эту мѣру не только въ общей, но и въ особенной части въ отдѣльныхъ случаяхъ. Однако, въ возмѣщеніи вреда нельзя усматривать видъ наказанія. Въ этомъ отношеніи только немногіе криминалисты смѣшиваютъ въ частичныхъ своихъ выраженіяхъ эти мѣры, и то они въ этомъ случаѣ поддаются вліянію нѣкоторыхъ постановленій положительнаго законодательства, знающаго гибридныя постановленія, служащія одновременно и наказаніемъ въ формѣ денежной пени или взысканія и мѣрою возмѣщенія вреда. Значительное большинство высказывается за принципіальное ихъ различіе, при чемъ въ основаніе разграниченія кладутъ различіе или въ области объекта, или въ области цѣли, или, наконецъ, въ области характера и внутренняго содержанія ихъ дѣйствія. Самъ проф. Жижиленко примыкаетъ къ тѣмъ авторамъ, которые сводятъ различіе къ различію функцій того и другого института, но онъ исправляетъ ихъ взгляды въ соотвѣтствіи съ установленнымъ имъ понятіемъ наказанія. Такъ, онъ полагаетъ, что возмѣщенію вреда совершенно чуждъ элементъ оцѣнки дѣянія въ смыслѣ его неодобренія, осужденія, порицанія. Здѣсь имѣютъ въ виду лишь достигнуть возстановленія правомѣрнаго дѣянія путемъ возмѣщенія эквивалента. Поэтому разсматриваемая мѣра болѣе приближается къ мѣрамъ пресѣченія, чѣмъ къ наказанію. Но отъ первыхъ она отличается тѣмъ, что въ немъ возстановляется нарушенное правомѣрное состояніе не непосредственнымъ устраненіемъ неправды, а предоставленіемъ эквивалента потерпѣвшему. Въ отличіе отъ наказанія это возмѣщеніе носитъ безличный характеръ и переходитъ на правопреемниковъ лица; оно не стоитъ въ соотвѣтствіи съ виновностью и даже вмѣняемостью лица; наконецъ, его непосредственнымъ дестинаторомъ является не государство, а пострадавшая личность. Обыкновенно возмѣщеніе вреда не пріурочивается къ опредѣленнымъ запрещеннымъ дѣяніямъ, какъ то мы видимъ въ

Digitized by Google

области наказанія, но всякое дѣйствіе, причинившее ущербъ, можетъ служить основаніемъ къ нему. Однако положительное право знаетъ и рядъ случаевъ, когда создаются особыя формы возмѣщенія вреда, пріуроченныя къ опредѣленнымъ видамъ недозволенныхъ дѣяній. Таковы случаи назначенія буссы, взысканій за нарушенія авторскаго права, повышенная уплата акциза, принужденіе ко взятію патента и пр. Такой же характеръ имѣетъ и неустойка въ современныхъ западныхъ законодательствахъ. Въ противоположность этому, неустойка по нашимъ гражданскимъ законамъ должна быть скорѣе отнесена къ области внѣуголовнаго наказанія, такъ какъ она характеризуется не альтернативнымъ, а кумулятивнымъ отношеніемъ главнаго обязательства къ неустоечному. На ряду съ изложенными видами возмѣщенія вреда проф. Жижиленко устанавливаетъ нѣкоторыя сохраняющіяся въ нашемъ законодательствѣ формы слитаго вмѣстѣ въ одномъ институтѣ — наказанія и возмѣщенія вреда. Эти формы — пережитокъ болѣе раннихъ стадій развитія, когда дифференціація наказанія и возмѣщенія вреда еще не была осуществлена. Онѣ выражаются, съ одной стороны, въ частныхъ наказаніяхъ — въ различныхъ фискальныхъ взысканіяхъ, идущихъ въ пользу потерпѣвшаго, съ другой стороны — въ различныхъ фискальныхъ взысканіяхъ.

Послѣдняя, третья, часть разсматриваемаго нами труда посвящена уже установленію различныхъ видовъ наказанія. Въ отличіе отъ многихъ современныхъ авторовъ, проф. Жижиленко считаетъ наказаніе далеко не исключительнымъ аттрибутомъ государственной власти, а усматриваетъ примѣненіе его въ самыхъ разнообразныхъ областяхъ. Семья, школа, церковь, сословныя и профессіональныя организаціи, всевозможные союзы, партіи, клубы, законодательныя палаты, тюрьма и т. п. могутъ являться носителями карательной власти и осуществлять наказаніе. На ряду съ государственнымъ наказаніемъ можетъ стоять и наказаніе внѣгосударственное, осуществляемое иными организаціями. То опредѣленіе, которое было выставлено авторомъ выше, примѣнимо ко всѣмъ видамъ наказанія вообще. Для характеристики же отдѣльныхъ видовъ наказанія, въ частности, ему приходится вносить въ это общее опредѣленіе дополнительные отличительные признаки. Такъ, для отличія наказанія государственнаго и внѣгосударственнаго онъ вноситъ указаніе, что уголовное оффиціальное наказаніе назначается отъ лица государственной власти. Наказанію внѣгосударственному онъ усвоиваетъ наименованіе — не вполнѣ точное, но получившее широкое употребленіе — дисципли-

Digitized by Google

нарнаго наказанія. Съ помощью уже выработанныхъ ранѣе общихъ понятій наказанія и мѣръ пресѣченія онъ изъ состава весьма эклектической группы, носившей въ литературѣ названіе «дисциплинарныхъ взысканій», выдѣляетъ подлинныя дисциплинарныя наказанія, относя остальное къ мѣрамъ пресѣченія, которыя также могутъ быть государственными и внѣгосударственными, или къ мѣрамъ защиты или даже мѣрамъ предупрежденія. Тонкій анализъ, сдѣланный въ этой области, заставляетъ признать эту главу одной изъ лучшихъ во всемъ сочиненіи автора. Въ области дисциплинарныхъ наказаній онъ различаетъ наказанія, примѣняемыя въ сферѣ отношеній индивида къ отдѣльнымъ общеніямъ, существующимъ въ государствѣ: семьѣ, школѣ, церкви и т. п., а съ другой стороны — наказанія, примѣняемыя въ сферѣ общеній, предполагающихъ наличность особаго, спеціальнаго отношенія подчиненія индивида государству — въ сферѣ государственной службы, военной службы, въ сферѣ отношеній, вызываемыхъ фактомъ отбытія наказанія лишеніемъ свободы; послѣдняя группа ближе всего подходитъ къ наказаніямъ, примѣняемымъ отъ лица государства. Въ нашемъ правѣ, въ особенности, надлежащая дифференціація государственныхъ наказаній отъ дисциплинарныхъ наказаній послѣдней группы еще не достигнута, и дисциплинарный порядокъ часто понимается лишь, какъ административный порядокъ назначенія наказаній.

Другимъ дѣленіемъ наказаній на виды является дѣленіе наказаній на уголовныя и внѣуголовныя (гражданскія). Къ области послѣднихъ авторъ относитъ только одну мѣру — гражданскую неустойку, и то лишь въ той постановкѣ, которую она получила въ нашемъ гражданскомъ правѣ. Основаніемъ къ тому служитъ признаніе, что у насъ неустойка является не способомъ возмѣщенія вреда, а особой пеней за неисполненіе договорнаго обязательства.

Третьимъ подраздѣленіемъ является различіе, проводимое между уголовнымъ наказаніемъ и административнымъ взысканіемъ. Въ отличіе отъ чисто-обывательской характеристики административныхъ взысканій, относящей сюда чуть ли не всѣ виды полицейской принудительной дѣятельности, проф. Жижиленко разсматриваетъ здѣсь лишь тѣ полномочія полиціи, которыя носятъ карательный характеръ и назначаются въ виду учиненнаго правонарушенія. Отличительной ихъ особенностью является то, что мѣры наказанія здѣсь назначаются не судомъ, а иными органами подчиненнаго управленія. При чемъ эта власть предоставляется или особымъ органамъ государственаго благоустройства, какъ бы замѣняющимъ органы судебные (взысканія по дѣламъ казенныхъ управленій или назначается спеціальными органами надзора), или же общимъ

Digitized by Google

органамъ администраціи (взысканія сельской администраціи, взысканія въ силу правилъ объ охранѣ).

Наконецъ, послѣднимъ различіемъ видовъ наказанія является раздѣленіе наказанія и процессуальнаго взысканія. Послѣднее отличается отъ наказанія только порядкомъ его назначенія, — именно, оно назначается судомъ при осуществленіи своихъ функцій по какому-либо дѣлу, немедленно, а не въ порядкѣ обычнаго уголовнаго процесса. Такъ, различныя наказанія за неявку, за нарушеніе порядка въ судебныхъ засѣданіяхъ, за нарушеніе отдѣльныхъ требованій суда ничѣмъ отъ общихъ наказаній не отличаются. Судъ только, въ виду ихъ безспорности, назначаетъ ихъ непосредственно, безъ производства особаго судебнаго процесса.

Суммируя всѣ родовые признаки наказанія и тѣ особенности, которыя отличаютъ современное уголовное государственное наказаніе отъ иныхъ разновидностей наказанія, проф. Жижиленко, въ заключеніе своей работы, выставляетъ слѣдующее полное его опредѣленіе — уголовное наказаніе есть правовое послѣдствіе недозволеннаго дѣянія, налагаемое отъ лица государственной власти въ установленномъ порядкѣ, состоящее въ вторженіи въ сферу правовыхъ благъ виновнаго и выражающее этимъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія.

Таково, въ общихъ чертахъ, богатое содержаніе монографіи проф. Жижиленко. Эта монографія представляетъ собою несомнѣнно значительный научный прогрессъ по сравненію съ другими работами по данному вопросу. Отличаясь продуманностью и логическою послѣдовательностью, она вмѣстѣ съ тѣмъ усвоила рядъ методовъ разработки, которые, съ нашей точки зрѣнія, представляются вполнѣ правильными. Такъ, вмѣсто какихъ-либо апріорныхъ построеній о характерѣ наказанія и сближаемыхъ съ нимъ мѣръ, авторъ внимательно изучаетъ все разнообразіе положительнаго права и устанавливаетъ свои обобщенія послѣ надлежащей эмпирической провѣрки. Затѣмъ онъ отрѣшается отъ обычно принятаго пріема установленія различныхъ цѣлей тѣхъ или иныхъ институтовъ и вполнѣ правильно говоритъ о функціяхъ различныхъ институтовъ, отождествляя понятіе функціи съ внутреннимъ содержаніемъ. Если указаніе на цѣли и встрѣчается у автора, то лишь въ томъ видѣ, что цѣль разсматривается какъ проекція функціи института въ будущемъ. Далѣе авторъ не впадаетъ въ общую для большинства юристовъ ошибку отождествленія всей области права съ сферою права оффиціальнаго, а, слѣдуя новой психологической теоріи, разсматриваетъ государственное наказа-

Digitized by Google

ніе въ качествѣ одного изъ видовъ наказанія, какъ правового явленія вообще. Слѣдованіе психологической теоріи проявляется и въ томъ, что авторъ стремится выяснить психологическую природу наказанія и указываетъ на мотивапіонное и воспитательное его дѣйствіе. Наконецъ, вполнѣ правильнымъ методологическимъ пріемомъ автора является то, что при установленіи понятія наказанія онъ не руководствуется общимъ словоупотребленіемъ или «привычками названія» или даже терминологіей положительнаго права, а старается образовать логически корректныя классовыя понятія и намѣтить видовые признаки.

Однако имѣются въ разсматриваемой работѣ и такіе методологическіе пріемы, которые, по нашему мнѣнію, сильно вредятъ ей и приводятъ къ ряду неудачныхъ положеній. Разсматривая отдѣльныя категоріи мѣръ, авторъ исходитъ изъ того предположенія, что каждой изъ этихъ мѣръ присуща одна какая-либо функція. Въ видѣ исключенія въ двухъ-трехъ мѣстахъ указывается на наличность въ позитивномъ правѣ мѣръ «гибриднаго характера», при чемъ такое смѣшеніе функцій авторъ считаетъ нѣкоторымъ пережиткомъ прошлаго, показателемъ еще ненаступившей дифференціаціи (см. его характеристику фискальныхъ денежныхъ взысканій, частныхъ наказаній). Въ противоположность этому взгляду мы позволяемъ себѣ выставить утвержденіе прямо противоположнаго свойства, именно, что по общему правилу каждой изъ мѣръ современнаго уголовнаго права присуща множественность функцій, и только въ видѣ исключенія встрѣчаются мѣры, характеризуемыя исключительно одною функціей. Приведу сначала нѣсколько примѣровъ. Наказаніе лишеніемъ свободы выполняетъ не только функцію возмездія, если допустить эту функцію вмѣстѣ съ авторомъ: оно является и мѣрой предупрежденія новыхъ правонарушеній и мѣрой пресѣченія возможности продолжать то же преступленіе (если, напр., преступленіе носило продолжаемый характеръ) и мѣрой соціальной защиты, поскольку оно стремится воздѣйствовать на опасныя стороны личности преступника путемъ исправленія, устрашенія и обезвреживанія, и даже мѣрой моральнаго возмѣщенія вреда, поскольку оно даетъ моральное удовлетвореніе потерпѣвшему; возможно присоединить къ нему и матеріальное возмѣщеніе, напр., удовлетворяя путемъ вычетовъ изъ тюремнаго заработка заключеннаго потерпѣвшаго. Многія мѣры, характеризуемыя авторомъ, какъ мѣры соціальной защиты (напр., детенированіе общеопасныхъ рецидивистовъ) одновременно выполняютъ и функцію наказанія, содержа въ себѣ элементъ извѣстной оцѣнки дѣянія. Конфискація, являясь по терминологіи автора мѣ-

Digitized by Google

рой пресѣченія, носитъ очень часто карательный или возмѣстительный характеръ. Лишеніе спеціальныхъ правъ, относимое также къ области мѣръ соціальной защиты, самимъ законодателемъ относится въ область наказанія, когда при болѣе тяжкихъ дѣяніяхъ оно поглощается группой лишенія правъ общественно-служебныхъ. Наша мысль становится особенно наглядной, если мы обратимся къ аналогіи. Понятіе функціи примѣняется въ механикѣ и въ физіологіи. Уже въ механикѣ та или иная часть машины выполняетъ не одну, а нѣсколько функцій. Въ организмѣ усложненіе функцій отдѣльныхъ органовъ прогрессируетъ. Наконецъ, въ соціальномъ организмѣ оно достигаетъ наибольшей сложности. И чѣмъ выше развивается общественная жизнь, тѣмъ сложнѣе становятся функціи, выполняемыя отдѣльными институтами. Можно установить даже законъ усложненія функцій по мѣрѣ развитія цѣлаго. Если въ неразвитомъ обществѣ наказаніе могло ограничиваться функціей возмездія, то въ современномъ уголовномъ правѣ наказанія, лишенныя дополнительныхъ функцій исправленія, обезвреживанія, признаются малопригодными. Мыслимо и должно различать отдѣльные типы функцій, но ошибочно предположеніе о возможности пріурочить всякую мѣру государственнаго воздѣйствія къ одной какой-либо функціи. Дѣлая, однако, эту ошибку, проф. Жижиленко въ своемъ изложеніи принужденъ разъединять мѣры, имѣющія между собою тѣсную связь, говорить объ одной и той же мѣрѣ, имѣющей сложныя функціи, въ различныхъ отдѣлахъ и, наконецъ, противополагать однѣ мѣры другимъ, не обращая вниманія на то, что, въ сущности, противополагаются отдѣльныя функціи этихъ мѣръ, а не сами мѣры.

Другимъ недостаткомъ мы признаемъ нерасчлененіе въ работѣ двухъ типовъ принудительной дѣятельности власти. Одинъ изъ нихъ состоитъ въ надѣленіи органовъ власти или частныхъ лицъ извѣстными полномочіями въ цѣляхъ противодѣйствія совершающемуся или грозящему совершиться правонарушенію. Эти мѣры называются въ нашемъ правѣ мѣрами предупрежденія и пресѣченія или лучше назвать ихъ полицейско-охранительными мѣрами. Второй видъ состоитъ въ установленіи санкцій примѣнительно къ уже совершившемуся правонарушенію. Въ то время какъ осуществленіе полномочій перваго рода ввѣряется усмотрѣнію соотвѣтственныхъ органовъ и носитъ характеръ противодѣйствія, осуществленіе мѣръ второго рода предписывается правомъ какъ правовое послѣдствіе извѣстныхъ дѣяній и носитъ характеръ реакціи правопорядка. Проф. Жижиленко допускаетъ слѣдующую, по нашему мнѣнію, неправильность. Въ область «мѣръ пресѣченія» онъ

Digitized by Google

относитъ группу весьма разнообразныхъ мѣръ, однѣ изъ которыхъ являются мѣрами противодѣйствія, а другія — мѣрами-санкціями. Къ первымъ относится вся группа мѣръ пресѣченія субъективнаго характера (необходимая оборона, лишеніе свободы, употребленіе оружія, мѣры задержанія и мѣры удаленія), ко вторымъ — устанавливаемыя имъ мѣры объективнаго характера. Обосновать нашу мысль можно съ нѣсколькихъ точекъ зрѣнія. Во-первыхъ, можно показать, что не представляется никакой возможности точно обособить категорію «мѣръ предупрежденія» отъ «мѣръ пресѣченія субъективнаго характера». Каждая изъ этихъ мѣръ пресѣченія легко переходитъ въ мѣру предупрежденія и наоборотъ, при чемъ признакъ того, являются ли эти мѣры противодѣйствіемъ будущему или начинающемуся правонарушенію, представляется порою трудно уловимымъ. Арестъ преступника является мѣрой предупрежденія побѣга, но поскольку преступникъ обнаружилъ попытку бѣжать — мѣрой пресѣченія. Употребленіе оружія является, по мнѣнію автора, мѣрой пресѣченія, но нашему праву извѣстны случаи употребленія его въ цѣляхъ предупрежденія (безпорядковъ, сборищъ). Удаленіе изъ опредѣленной мѣстности можетъ предупреждать преступную дѣятельность и пресѣкать ее. Отобраніе поручительства храненія мира имѣетъ тѣ же функціи; даже необходимая оборона, относимая авторомъ къ мѣрамъ пресѣченія, является часто мѣрой предупрежденія, такъ какъ она, по его собственнымъ словамъ, допускается и противъ ненаказуемаго приготовленія. Но если бы мы и потратили большую дозу юридической діалектики для различенія этихъ двухъ видовъ, то полученный результатъ былъ бы мало полезенъ. Мѣры, одинаковыя по своему юридическому характеру, были бы уродливо разсѣчены, а практически-важныхъ выводовъ отсюда получено не было бы. Во-вторыхъ, нельзя такъ называемыя мѣры пресѣченія субъективнаго характера относить къ «правовымъ послѣдствіямъ» правонарушенія и ставить на ряду съ другими подлинными правовыми послѣдствіями (санкціями). Санкція есть послѣдствіе, устанавливаемое правомъ на случай нарушенія нормы. Функціей же разсматриваемыхъ мѣръ пресѣченія является именно недопущеніе нарушенія нормы, противодѣйствіе ему. Онѣ устанавливаются не на случай нарушенія нормы, а съ цѣлью воспрепятствованія этому нарушенію. Онѣ представляютъ собою преграду для правонарушенія, а не санкцію его. Къ сожалѣнію, недостатокъ мѣста не позволяетъ мнѣ подробнѣе остановиться на болѣе подробномъ обоснованіи этой мысли. Резюмирую только свое положеніе:

Digitized by Google

мѣры предупрежденія и пресѣченія (въ субъективномъ смыслѣ) представляютъ своеобразную форму охраны правопорядка и должны быть выдѣлены изъ области ученія о правовыхъ послѣдствіяхъ правонарушенія (санкціяхъ).

Обращаясь затѣмъ къ видамъ санкціи, слѣдуетъ провести различіе между санкціями объективнаго и санкціями субъективнаго характера. Первыя, не затрогивая личности правонарушителя, направлены на возстановленіе правового состоянія или устраненіе происшедшихъ вредныхъ отъ него послѣдствій. Вторыя представляютъ воздѣйствіе на самого правонарушителя. Это различіе, которое проф. Жижиленко считаетъ характернымъ лишь для мѣръ пресѣченія, на самомъ дѣлѣ является наиболѣе общимъ дѣленіемъ правовыхъ послѣдствій неправды. Въ составъ санкцій объективнаго характера войдетъ большинство тѣхъ мѣръ, которыя авторомъ названы «мѣрами пресѣченія объективнаго характера». Но въ нашемъ пониманіи, объемъ и смыслъ ихъ является нѣсколько инымъ, чѣмъ въ пониманіи автора. По внѣшнему своему характеру онѣ не проявляются во вторженіи власти въ сферу правовыхъ благъ виновнаго, а или въ инвалидированіи юридическаго значенія совершеннаго, или въ выполненіи за кого-либо извѣстной дѣятельности, къ которой это лицо обязано, или въ изъятіи изъ сферы чьей-либо дѣятельности или обладанія отдѣльныхъ предметовъ. Къ числу санкцій объективнаго характера мы относимъ: 1) провозглашеніе ничтожности дѣйствія. Правовая ничтожность признается и проф. Жижиленко, но онъ неправильно относитъ этотъ видъ къ мѣрамъ пресѣченія — здѣсь отсутствуетъ необходимый съ точки зрѣнія нашего автора признакъ вторженія въ правовую сферу виновнаго. Кромѣ того авторъ крайне сужаетъ область примѣненія этого послѣдствія: онъ говоритъ лишь о ничтожности гражданскихъ сдѣлокъ, между тѣмъ ничтожность есть санкція гораздо болѣе широкая. Почти всѣ правонарушенія въ области административнаго права и многія нарушенія въ области процессуальнаго права имѣютъ своимъ послѣдствіемъ ничтожность. Распоряженіе, изданное безъ надлежащаго порядка или некомпетентнымъ лицомъ, или приговоръ, постановленный съ нарушеніемъ правилъ процесса — ничтожны; 2) мѣры понудительнаго исполненія, а также мѣры, указанныя въ ст. 37 Угол. Улож. — въ этомъ разногласій между мною и авторомъ нѣтъ; 3) конфискація предметовъ, которые запрещается изготовлять, продавать, имѣть при себѣ или хранить (ч. I ст. 36 Угол. Улож.). Въ противоположность А. А. Жижиленко, мы считаемъ необходимымъ обособить этого рода конфискацію отъ конфискаціи каратель-

Digitized by Google

ной или возмѣстительной, предусмотрѣнной отдѣльными статьями особенной части Угол. Улож. Эти послѣдніе виды конфискаціи выполняютъ иныя функціи и лишены характера мѣръ возстановленія. Иногда ими имѣется въ виду удовлетворить потерпѣвшаго (ст. 255, 338, 355) иногда они являются видомъ фискальнаго штрафного взысканія, выражаемаго не деньгами, а такъ сказать, натурой (ст. 254, 255 Угол. Улож.) иногда денежнымъ взысканіемъ, выполняющимъ такую же функцію, какъ возвращеніе незакономѣрнаго обогащенія въ гражданскомъ правѣ (ст. 592, 662 Угол. Улож.). Наконецъ, въ эту область слѣдуетъ относить 4) опубликованіе приговора. Эту послѣднюю мѣру авторъ признаетъ мѣрой соціальной защиты. Но въ отличіе отъ этихъ послѣднихъ она лишена элемента личнаго воздѣйствія; въ ней нѣтъ также вторженія въ сферу правовыхъ благъ лица, ибо нельзя признать опубликованіе приговора вторженіемъ въ область права чести лица — это опубликованіе можетъ быть произведено каждымъ совершенно правомѣрно и, кромѣ того, ставъ на эту точку зрѣнія, пришлось бы признать требованіе нашего права о публичномъ провозглашеніи приговоровъ (ст. 831 Уст. Угол. Суд.) одной изъ мѣръ соціальной защиты. Напротивъ того, являясь санкціей объективнаго характера, эта мѣра можетъ и не затрогивать правовыхъ благъ виновнаго (см. выше), а съ другой стороны, она направлена, такъ сказать, на изъятіе изъ оборота неправильно распространяемыхъ свѣдѣній (стт. 309, 539) или профессіонально недоброкачественныхъ дѣйствій (стт. 218, 464, 474 Угол. Улож.), совершенно аналогично конфискаціи предметовъ по ч. I ст. 36 Угол. Улож. Что же касается такъ называемыхъ понудительныхъ наказаній, то они суть подлинныя наказанія, выполняющія одновременно и функцію понудительнаго исполненія, т.-е. институтъ со сложной функціей.

На границѣ между санкціями объективными и субъективными стоятъ санкціи возмѣщенія вреда. Въ большинствѣ случаевъ онѣ носятъ объективный характеръ извѣстнаго перемѣщенія цѣнностей, эквивалентныхъ причиненному вреду. Но онѣ легко переходятъ въ частныя наказанія, т.-е. уже въ мѣры субъективнаго воздѣйствія карательнаго характера, кумулирующія наказаніе съ возмѣщеніемъ вреда: таковы пенальные иски римскаго права, современныя фискальныя взысканія. Попутно позволяю себѣ замѣтить, что такой же характеръ носитъ и неустойка по русскому праву: это — штрафное взысканіе, кумулирующее мѣру понужденія съ возмѣщеніемъ вреда. То обстоятельство, что вредъ у насъ возмѣщается на ряду съ неустойкой, еще не подрываетъ ея кумулятив-

Digitized by Google

наго характера, такъ какъ у насъ извѣстно возмѣщеніе вреда въ многократномъ размѣрѣ: здѣсь только размѣръ возмѣщаемаго вреда не удваивается или утраивается и т. п., а восполняется извѣстной заранѣе условливаемой суммой. Характеристика же ея, какъ особаго внѣуголовнаго наказанія, представляется весьма неясной, ибо всякое дѣяніе, обложенное наказаніемъ, съ точки зрѣнія положительнаго права признается преступнымъ, т.-е. уголовнымъ.

Перехожу къ санкціямъ субъективнаго характера, къ области которыхъ относятся мѣры наказанія и мѣры соціальной защиты. Вопросъ о надлежащемъ опредѣленіи и разграниченіи этихъ мѣръ является центральнымъ во всемъ изслѣдованіи и, вмѣстѣ съ тѣмъ, практически наиболѣе важнымъ, такъ какъ здѣсь чувствуется извѣстный поворотный пунктъ въ уголовномъ правѣ. Задача критика такого продуманнаго и содержательнаго труда, какъ трудъ проф. Жижиленко, является задачей отвѣтственной. Въ предѣлахъ небольшой статьи невозможно развить всю систему аргументаціи, и потому я позволю себѣ ограничиться изложеніемъ своихъ взглядовъ на эти вопросы, съ указаніемъ затѣмъ на тѣ разногласія, которыя наблюдаются между моими взглядами и взглядами проф. Жижиленко. Читатель самъ уже сможетъ вскрыть правильность или неправильность лежащихъ въ основѣ ихъ посылокъ.

При опредѣленіи наказанія, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ исходить изъ понятія преступленія. Преступленіе есть одинъ изъ видовъ правонарушенія, характеризуемый особою общественной психическою реакціею. Специфическое отличіе преступленія отъ остальныхъ видовъ правонарушенія должно видѣть въ содержаніи этой психической реакціи. Въ противоположность остальнымъ, реакція на преступленіе носитъ характеръ, который мы могли бы назвать репрессивнымъ. Онъ выражается въ пробужденіи въ общественной психикѣ эмоцій, направленныхъ на подавленіе вреднаго примѣра, вызваннаго учиненнымъ, на соціальное изолированіе его. Эмоціи эти являются переживаніями отталкивающаго характера и выражаютъ собою извѣстную отрицательную оцѣнку учиненнаго дѣянія. Какъ составъ, такъ и проявленіе этихъ эмоцій являются сложными. По составу онѣ выражаются въ переживаніяхъ безпокойства, волненія и легко возникающихъ на этой почвѣ состояніяхъ гнѣва, негодованія, отвращенія, страха, презрѣнія, которыя всѣ характеризуются стремленіемъ противодѣйствія проникновенію вредной подражательности въ психику самого переживающаго или окружающихъ и имѣютъ въ виду ослабленіе

Digitized by Google

соціальной значимости происшедшаго[1]). При своемъ внѣшнемъ выраженіи репрессирующія эмоціи могутъ направляться въ различныя стороны. Однѣ направляются во внѣшнюю обстановку, связанную съ преступленіемъ — на орудія преступленія, на вещи, добытыя преступленіемъ, или на предметы, въ которыхъ отразилась преступная дѣятельность. Всѣ эти объекты преступной дѣятельности устраняются изъ оборота, какъ будто носящія въ себѣ извѣстную психическую заразу, таящую возможность распространенія. Другія эмоціи вызываютъ различныя дѣйствія, направленныя на закрѣпленіе слѣдовъ преступленія въ цѣляхъ будущаго процесса. Третьи проявляются въ стремленіи предотвратить вредныя послѣдствія отъ преступленія или на провозглашеніе его ничтожности. Наконецъ, имѣется особая группа проявленій этихъ эмоцій, которая направлена на виновника преступленія — репрессивная реакція на субъекта преступленія. Она нынѣ является важнѣйшей, но ею не исчерпывается, какъ мы видѣли, все содержаніе психической реакціи на преступленіе. Это субъективное воздѣйствіе на совершителя преступленія выражается во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ его, при чемъ эти блага подвергаются умаленію и даже уничтоженію. Это вторженіе можетъ носить двоякій характеръ — исключительно защитительный, и тогда мы будемъ имѣть мѣры соціальной защиты, или характеръ карательный — и тогда мы будемъ имѣть мѣры наказанія. Подъ карательнымъ характеромъ я имѣю въ виду такое свойство мѣръ репрессіи, которое выражается въ стремленіи воздѣйствовать на волю лицъ въ цѣляхъ подчиненія ея извѣстнымъ правиламъ поведенія. Карательная реакція, поэтому, носитъ мотиваціонный или вообще волеопредѣляющій характеръ, тогда какъ защитительная лишена его. Предпосылкой карательной реакціи является способность лица руководиться извѣстными разумными мотивами, воздѣйствующими на волю — способность, называемая вмѣняемостью, защитительная реакція, не имѣя въ виду воздѣйствія на волю и ея мотивы, можетъ быть и лишена этой предпосылки. Съ другой стороны, необходимой предпосылкой защитительной реакціи является представленіе объ опасности лица для общежитія, ибо всякая защита опредѣляется опасностью, хотя бы предполагаемою. Для карательной реакціи опасность также можетъ являться предпосылкой, но въ отличіе отъ первой здѣсь она не является предпосылкой необходимой. Изъ сказаннаго уже видно,

[1]) См. для характеристи репрессивныхъ эмоцій мою статью «Дѣйствіе наказанія» въ сборникѣ: «Новыя идеи въ правовѣдѣніи», сб. № 1. Изд. Образованіе 1914 г.

Digitized by Google

что примѣненіе карательной и защитительной реакціи отнюдь не исключаетъ другъ друга; напротивъ того, совмѣщеніе ихъ въ видѣ паралелльно примѣняемыхъ мѣръ или даже въ видѣ одной мѣры со сложной защитительно-карательной функціей наблюдается наиболѣе часто. Большинство нашихъ наказаній имѣетъ такой защитительно-карательный характеръ. На ряду съ ними имѣются мѣры чистой защиты (гдѣ нѣтъ предпосылки вмѣняемости) или мѣры чисто-карательныя (гдѣ нѣтъ предпосылки опасности). Изъ сказаннаго выше о законѣ сложенія функцій ясно, почему карательная система современности не можетъ разсматриваться какъ отраженіе одной только идеи кары, но есть выраженіе сложнаго сочетанія карательныхъ и защитительныхъ мѣръ. Долженъ ли криминалистъ ограничить область своего изученія только мѣрами карательными? Намъ думается, что нѣтъ, такъ какъ въ такомъ случаѣ ему пришлось бы останавливаться въ недоумѣніи передъ многими вопросами современнаго уголовнаго права. Неудовлетворительное состояніе современной теоріи уголовнаго права объясняется тѣмъ, что не обращается въ достаточной мѣрѣ вниманія на сложный защитительно-карательный характеръ большинства нашихъ наказаній, а они трактуются попрежнему какъ мѣры карательныя. Современное уголовное право должно быть правомъ не уголовнаго наказанія, а уголовной репрессіи, при чемъ здѣсь имѣются въ виду мѣры какъ субъективной, такъ и объективной репрессіи. Въ такомъ именно объемѣ уголовное право трактуется въ современныхъ уголовныхъ кодексахъ, въ то время какъ въ теоріи еще сохраняется старый чисто-карательный взглядъ.

Въ изслѣдованіи проф. Жижиленко мы встрѣчаемъ попытку провести принципіальное различіе между наказаніемъ и мѣрами соціальной защиты, при чемъ эти послѣднія какъ бы выдѣляются изъ сферы уголовнаго права. Признавая это различіе также, я, съ своей стороны, полагаю, что функціи эти настолько тѣсно слились другъ съ другомъ, что обособленно разсматривать ихъ нѣтъ возможности. Можно лишь теоретически выдѣлять въ составѣ той или иной мѣры карательный или защитительный элементъ. Точка зрѣнія проф. Жижиленко приводитъ его, напр., къ утвержденію, что неопредѣленные приговоры не мирятся съ идеей наказанія, между тѣмъ какъ цѣлыя страны, какъ Сѣв. Америка, строятъ свое уголовное право на неопредѣленныхъ приговорахъ. Съ точки зрѣнія сложнаго характера наказанія неопредѣленность становится понятной. Всѣ тѣ мѣры, которыя проф. Жижиленко разсматриваетъ какъ мѣры соціальной защиты (кромѣ мѣръ воспитанія

Digitized by Google

малолѣтнихъ и детенированія душевнобольныхъ преступниковъ), суть, съ нашей точки зрѣнія, сложныя защитительно-карательныя мѣры. Ибо, въ самомъ дѣлѣ, какъ можно отрицать карательное значеніе за такими мѣрами, какъ безсрочное лишеніе профессіональныхъ правъ, ссылка, долговременное детенированіе, помѣщеніе въ работный домъ и т. д. Въ отличіе отъ общихъ наказаній здѣсь элементъ защитительный выдвинутъ лишь на первый планъ.

Обращаюсь къ характеристикѣ наказанія, какъ акта, состоящаго во вторженіи въ сферу правовыхъ благъ виновнаго и выражающаго этимъ оцѣнку учиненнаго имъ дѣянія. Эта теорія является исправленной и улучшенной теоріей возмездія, и въ значительной мѣрѣ подъ вліяніемъ такого пониманія наказанія авторъ стремится точнѣе отмежеваться отъ мѣръ соціальной защиты, какъ не включающихъ въ себя этого элемента. Не мало страницъ исписано по вопросу о значеніи возмездія для уголовнаго права, и каждая новая попытка освѣщенія этого вопроса можетъ вызвать къ себѣ скептическое отношеніе. Тѣмъ не менѣе я рѣшаюсь привести нѣкоторыя новыя соображенія по этому вопросу. Несомнѣнно, что какъ сторонники, такъ и противники этой идеи частично правы; затрудненіе состоитъ лишь въ томъ, въ какой плоскости слѣдуетъ искать удовлетворительнаго для обѣихъ сторонъ рѣшенія. Сторонники возмездія правы, указывая, что наказаніе налагается въ соотвѣтствіи съ извѣстной оцѣнкой дѣянія, а не ради тѣхъ или иныхъ утилитарно-практическихъ задачъ; но и противники возмездія правы, указывая, что наказаніе имѣетъ въ виду не дѣяніе, а личность, и должно соотвѣтствовать особенностямъ этой личности. Чтобы рѣшить это разногласіе, намъ слѣдуетъ нѣсколько глубже заглянуть въ природу наказанія.

Какъ бы ни характеризовать наказаніе — какъ «зло», «страданіе», «стѣсненіе», «испытаніе», которому подвергается преступникъ, — во всѣхъ случаяхъ наша характеристика будетъ заключать въ себѣ указаніе на то, что наказаніе содержитъ въ себѣ нѣкоторый «минусъ», нѣкоторое сокращеніе жизненной дѣятельности преступника. Даже такая характеристика, какъ «вторженіе въ сферу правовыхъ благъ», содержитъ въ себѣ такое указаніе, такъ какъ «благо» есть здѣсь нѣчто положительное, подвергаемое сокращенію. Напротивъ того награда понимается какъ «увеличеніе благъ», созданіе извѣстнаго «плюса» на сторонѣ дѣятеля. Обычнымъ регуляторомъ въ области распредѣленія «благъ» и «золъ» является чувство справедливости. И совершенно правъ проф. Жижиленко, когда онъ указываетъ на справедливость какъ на масштабъ оцѣнки при возмездіи.

Digitized by Google

Положительное право, фиксируя тѣ или иныя ставки, старается только приблизиться къ требованіямъ справедливости. Однако справедливость есть такое этическое переживаніе, которое лишено опредѣленнаго содержанія. Указаніемъ на справедливость еще не рѣшается вопросъ о томъ, какая именно оцѣнка служитъ руководящимъ масштабомъ. Всѣ теоріи возмездія, въ томъ числѣ и теорія проф. Жижиленко, на этотъ вопросъ даютъ тотъ отвѣтъ, что опредѣляющимъ началомъ является оцѣнка дѣянія. Противники теорій возмездія указываютъ, что опредѣляющей является оцѣнка дѣятеля, при чемъ разногласіе происходитъ лишь по вопросу о томъ, какія свойства дѣятеля должны быть подвергнуты этой оцѣнкѣ — опасность его, злая ли воля, мотивы ея, антисоціальное настроеніе и т. п. Рѣшить этотъ споръ одинаково для всѣхъ эпохъ и для всѣхъ областей уголовнаго права нельзя. Какъ и сама репрессивная реакція вообще, такъ и карательная репрессивная реакція, въ частности, являются продуктомъ сложной оцѣнки. Относительно репрессивной реакціи вообще слѣдуетъ сказать, что она является реакціей противъ дѣянія и въ ней, дѣйствительно, выражается оцѣнка антисоціальнаго акта. Различнымъ дѣяніямъ соотвѣтствуетъ различная степень соціальной возбудимости. Но сторонники теоріи возмездія впадаютъ въ ту ошибку, что характеристику, свойственную репрессивной реакціи вообще, они приписываютъ карательной репрессивной реакціи. Между тѣмъ послѣдняя, являясь лишь частью общей репрессивной реакціи, на ряду съ чертами, свойственными этой родовой реакціи, имѣетъ свои специфическія черты. Именно, поскольку карательная реакція имѣетъ своею особенностью воздѣйствіе на волю виновнаго, она опредѣляется, кромѣ того, опредѣленными, имѣющими отношеніе къ волѣ, психическими особенностями лица, подвергаемаго наказанію. Отсюда карательная реакція есть сложный продуктъ оцѣнки дѣянія и дѣятеля, или, какъ говорятъ въ уголовномъ правѣ, она выражаетъ сложную оцѣнку объективнаго и субъективнаго момента. Теоріи возмездія, поэтому, слишкомъ узко характеризуютъ наказаніе какъ «оцѣнку дѣянія» и тѣмъ самымъ навлекаютъ на себя справедливую критику. Съ другой стороны, отрицатели возмездія, считающіе, что наказаніе опредѣляется только субъективными особенностями дѣятеля, игнорируютъ связь карательной оцѣнки съ общерепрессивною. Необходимость принятія во вниманіе какъ объективной, такъ и субъективной стороны является въ наукѣ труизмомъ, но въ области теоріи почему-то считаютъ, что субъективный моментъ составляетъ что-то дополнительное, что «принимается лишь во вниманіе», тогда какъ на самомъ дѣлѣ этотъ мо-

Digitized by Google

ментъ выдвигается все болѣе и болѣе и является столь же важнымъ для карательной оцѣнки, какъ и элементъ объективный. Правда, постановленія уголовныхъ кодексовъ изложены такъ, что на первый планъ выдвинута объективная оцѣнка дѣянія: наказанія пріурочиваются къ извѣстнымъ составамъ дѣянія, и это для сторонниковъ возмездія служитъ какъ бы наглядным доказательствомъ правоты ихъ. Но, на самомъ дѣлѣ, широкій просторъ въ опредѣленіи наказанія и рядъ постановленій общей части объ учетѣ субъективнаго момента свидѣтельствуютъ о томъ, что и ему придается далеко не второстепенное значеніе. Только неразработанностью въ наукѣ вопроса объ основаніяхъ субъективной оцѣнки объясняется скудость точныхъ постановленій по этому вопросу въ кодексахъ.

Не стану останавливаться на разсмотрѣніи вопроса о томъ, какими основаніями опредѣляется оцѣнка дѣянія — этотъ вопросъ не вызываетъ особыхъ споровъ. Приведу лишь нѣкоторыя соображенія по вопросу объ основаніяхъ субъективной оцѣнки. Не всякія субъективныя свойства лица опредѣляютъ карательную оцѣнку, а лишь тѣ психическія особенности, которыя опредѣляютъ волевую дѣятельность лица. Воздѣйствіе наказанія на волю лица происходитъ путемъ воздѣйствія 1) на мотивы дѣятельности лица или 2) на такія его психическія особенности, которыми опредѣляется его поведеніе, или 3) на способы дѣятельности лица. Мѣры перваго рода можно назвать мотиваціоннымъ воздѣйствіемъ. Мѣры мотиваціоннаго воздѣйствія играли особенное значеніе въ уголовномъ правѣ. Теоріи устрашенія, психическаго принужденія, общаго предупрежденія основаны почти исключительно на учетѣ этого мотиваціоннаго воздѣйствія. При этомъ слѣдуетъ отмѣтить два типа мотиваціоннаго воздѣйствія: а) восполненіе мотивації и б) исправленіе мотивації. Первый имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда общая система мотивації субъекта является нормальной, но въ цѣляхъ понужденія его къ соблюденію извѣстныхъ правилъ поведенія право создаетъ угрозы, имѣющія въ виду восполнить недостаточность мотивації. Такой характеръ имѣютъ различныя взысканія имущественно- или лично-понудительнаго характера, назначаемыя за полицейскіе проступки, неосторожныя дѣянія, формальные деликты. Субъектъ преступнаго акта здѣсь разсматривается какъ нуждающійся въ дополнительной мотивації. Иной типъ представляютъ мѣры воздѣйствія, преслѣдующія исправленіе мотивації. Мотивація субъекта здѣсь разсматривается какъ качественно несоотвѣтствующая мотивації нормальной, она нуждается въ извѣстномъ исправленіи, очищеніи путемъ изгнанія «злой воли», «преступной воли» лица. Большинство наказаній уголовнаго

Digitized by Google

права построены по типу этой мотивации, и это давало основаніе новаторамъ указывать, что старое уголовное право боролось главнымъ образомъ со «злой волей» лица, и видѣть въ свободѣ воли главную предпосылку классическаго ученія о вмѣняемости. На самомъ дѣлѣ наказанія, имѣющія въ виду исправленіе мотивации, составляютъ лишь одинъ изъ видовъ наказанія, правда, въ прежнее время имѣвшій очень широкое распространеніе. Оба вида мотивационнаго воздѣйствія, однако, не исчерпываютъ содержанія наказанія. Болѣе глубокое изученіе психологіи показываетъ намъ, что мотивы воли являются лишь непосредственными ея возбудителями и что способность воли реагировать на тѣ или иные мотивы опредѣляется болѣе глубокими психическими особенностями лица — его привычками, склонностями, «соціальными настроеніями». Реакція противъ ученій о свободѣ воли именно и объясняется невозможностью объяснить все поведеніе человѣка игрой мотивовъ и желаніемъ установить болѣе постоянные психическіе элементы, отъ которыхъ зависитъ поведеніе человѣка. Такой болѣе глубокій элементъ психики, опредѣляющій поведеніе, былъ найденъ въ «соціальномъ настроеніи» дѣятеля. Установленіе его породило за собою «реформирующія» наказанія, состоящія въ воздѣйствіи на соціально-психическій строй личности преступника путемъ перевоспитанія его, леченія, пріученія къ труду, нравственнаго оздоровленія и т. п. Въ этихъ реформирующихъ наказаніяхъ личность человѣка учитывается гораздо глубже, чѣмъ въ наказаніяхъ мотивационнаго типа, и здѣсь ведется борьба не со «злой волей», а съ «антисоціальнымъ настроеніемъ» лица. Эти наказанія отчасти приближаются къ мѣрамъ соціальной защиты, но отличны отъ нихъ въ томъ отношеніи, что содержатъ моментъ кары, т.-е. воздѣйствія на волю преступника путемъ умаленія правовыхъ благъ лица, тогда какъ мѣры защиты имѣютъ въ виду лишь прегражденіе вредной дѣятельности лица, а не воздѣйствіе на его волю. Наконецъ, послѣдній видъ карательнаго воздѣйствія выражается въ воздѣйствіи на способы дѣятельности лица. Онъ выражается въ лишеніи виновнаго различныхъ правъ (въ частности правъ профессіональной дѣятельности), въ принудительномъ удаленіи изъ той или иной мѣстности, въ установленіи надзора за нимъ. Эти мѣры въ одинаковой степени могутъ быть и мѣрами соціальной защиты, и мѣрами наказанія. Въ уголовномъ правѣ онѣ назначаются обыкновенно дополнительно на ряду съ мѣрами мотивационнаго воздѣйствія.

Изложенное различіе въ видахъ карательнаго воздѣйствія имѣетъ коренное значеніе для всѣхъ ученій уголовнаго права, но, конечно,

Digitized by Google

въ настоящей статьѣ мы не въ состояніи сдѣлать изъ него всѣхъ подлежащихъ выводовъ.

Резюмируя сказанное нами относительно наказанія, мы можемъ опредѣлить его слѣдующимъ образомъ: наказаніе есть правовое послѣдствіе преступнаго дѣянія, воплощающее въ себѣ репрессирующую оцѣнку дѣянія и дѣятеля и выражающееся въ воздѣйствіи на волю виновнаго путемъ умаленія его правовыхъ благъ. Въ отличіе отъ опредѣленія проф. Жижиленко, наше опредѣленіе: 1) характеризуетъ оцѣнку, лежащую въ основаніи наказанія, какъ оцѣнку репрессирующую, 2) указываетъ, что эта оцѣнка касается не только дѣянія, но и дѣятеля, 3) указываетъ, что вторженіе въ сферу правовыхъ благъ виновнаго является только средствомъ, а подлинной функціей наказанія является воздѣйствіе на волю виновнаго, и 4) оттѣняетъ, что наказаніе есть послѣдствіе не недозволеннаго дѣянія вообще, а именно дѣянія преступнаго.

По поводу этого послѣдняго отличія слѣдуетъ отмѣтить, что опасеніе, высказываемое проф. Жижиленко, впасть въ порочный кругъ напрасно. Правда, въ уголовныхъ кодексахъ имѣются постановленія, опредѣляющія, что преступнымъ почитается дѣяніе, обложенное въ законѣ наказаніемъ. Но это есть не научное, а чисто техническое опредѣленіе. Законодатель выставляетъ легко распознаваемый для всѣхъ признакъ преступленія. Но съ точки зрѣнія научной, наказаніе есть только одно изъ послѣдствій преступленія и въ настоящее время даже послѣдствіе не неизбѣжное. Характернымъ признакомъ преступленія является соціальная репрессивная реакція, понятіе которой можетъ быть опредѣлено безъ всякаго отношенія къ наказанію. При научной конструкціи никакихъ логическихъ противорѣчій, такимъ образомъ, получиться не должно.

Не останавливаюсь, за недостаткомъ мѣста, на той части труда проф. Жижиленко, которая посвящена анализу отдѣльныхъ видовъ наказанія. Какъ было уже сказано, она представляетъ интересъ новизны и прекрасный образчикъ тонкаго юридическаго изслѣдованія. Въ заключеніе позволяю высказать лишь одну мысль — ad momentum. Во время войны вопросы юридической теоріи едва ли могутъ привлечь къ себѣ большое вниманіе. Но я все же рѣшаюсь горячо рекомендовать русскимъ читателямъ ознакомленіе съ новой книгою. Въ моментъ напряженія народныхъ силъ глубже чувствуется значеніе основныхъ моральныхъ идей. Стойкость народа во многомъ опредѣляется ясностью и прочностью его моральныхъ и правовыхъ понятій. Понятія наказанія и мѣръ охраны право-

Digitized by Google

порядка являются одними изъ основныхъ вопросовъ права. Послѣ всѣхъ утвержденій, навѣянныхъ Іерингомъ и нѣмецкой юриспруденціей, о чисто практическомъ значеніи всѣхъ формъ принудительной дѣятельности государства, книга проф. Жижиленко даетъ намъ гораздо болѣе глубокое ученіе о мѣрахъ, охраняющихъ правопорядокъ, построенное на изученіи ихъ функцій. Какъ бы ни относиться къ конечнымъ выводамъ автора, слѣдуетъ признать ихъ громаднымъ шагомъ впередъ по сравненію съ распространенными въ современной юриспруденціи взглядами. И свою критику ихъ я разсматриваю лишь какъ дань уваженія къ той большой работѣ, которая несомнѣнно явится одной изъ необходимыхъ книгъ для каждаго криминалиста.

П. И. Люблинскій.

Digitized by Google

Формы „спора“ и „неоспариванія“ въ гражданскомъ процессѣ.

Такъ же, какъ споръ, и признаніе можетъ быть облечено въ самыя разнообразныя формы, отъ молчанія — иногда краснорѣчивѣе всякихъ словъ! — вплоть до положительнаго, самаго категорическаго утвержденія. Признаніе можетъ быть выражено не только словами, но и дѣйствіями. Оно можетъ быть дано добровольно, по собственному почину, или же по принужденію (конечно, моральному) суда, въ результатѣ его разспросовъ.

Въ зависимости отъ формы и условій, при которыхъ оно сдѣлано, оно и имѣетъ разную юридическую природу и разную силу. Непосредственный эффектъ всѣхъ этихъ формъ «признаній» можетъ быть одинъ и тотъ же: соотвѣтствующій фактъ будетъ считаться «доказаннымъ», но не всегда мы будемъ имѣть «судебное признаніе» въ смыслѣ ст. 112 сл., 479—481 Уст. Гражд. Суд.

Прежде чѣмъ намъ приступить къ изслѣдованію той формы поведенія тяжущагося, въ коей мы должны усмотрѣть (при наличности прочихъ формальныхъ и матеріальныхъ признаковъ) судебное признаніе, мы должны предпослать нашему изложенію нѣсколько объяснительныхъ словъ для необходимаго выясненія важнаго въ теоретическомъ и практическомъ отношеніи вопроса о роли и задачахъ суда въ его дѣятельности по руководству состязаніемъ и сужденію о правотѣ той или другой стороны.

1. Всякое утвержденіе тяжущагося ставитъ противную сторону въ «процессуальное положеніе», при которомъ она должна высказаться по этому вопросу. Но возникаетъ вопросъ: поведенію какой стороны законъ придаетъ значеніе фактора, устанавливающаго процессуальное (спорное) отношеніе («prozessgestaltende Kraft»)? Истецъ ли, утверждающій извѣстный фактъ, создаетъ спорность (а, вмѣстѣ съ тѣмъ, и необходимость доказуемости его) этого факта, или этотъ процессуальный моментъ рождаетъ отвѣтчикъ, оспаривающій истинность этого утвержденія?

Здѣсь возможны двѣ концепціи. Согласно одному ученію, которое, повидимому, должно считаться господствующимъ, лежащая въ

Digitized by Google

основѣ процессуальнаго отношенія обязанность суда убѣдиться въ справедливости утверждаемаго факта существуетъ не изначала, но возникаетъ впервые, когда сторона осуществитъ касательно этихъ фактовъ свое право спора. Послѣдствіемъ принципа состязательности является то, что судъ не смѣетъ изслѣдовать факты въ отношеніи ихъ истинности и не смѣетъ возбуждать сомнѣнія въ истинности утверждаемыхъ фактовъ, поскольку они не оспорены противникомъ утверждающаго[1]).

Съ точки зрѣнія другого ученія, надо отвергнуть ту доктрину, согласно которой утвержденіе лишь черезъ оспариваніе впервые дѣлается нуждающимся въ доказательствахъ (beweisbedürftig). Оно является таковымъ an sich (съ момента учиненія). Безъ доказательствъ судья не долженъ вѣрить. Поэтому не точно выраженіе: «все неоспоренное — для судьи внѣ сомнѣнія». Напр., если на утвержденіе слѣдуетъ отвѣтъ: «не знаю», — оно не оспаривается, но остается требующимъ доказательствъ[2]).

Вотъ почему «non liquet» всегда падаетъ на сторону утверждающую. Право связываетъ наступленіе его послѣдствій не съ просто утверждаемымъ составомъ фактовъ, а съ такимъ, который представляется, какъ фактически существующій, а потому и предположенія примѣненія права должны быть положительно даны. Правовая норма такъ же не примѣняется, если въ судьѣ не можетъ

---

[1]) Trutter, Proz. Rechtsgeschäfte, (1890), стран. 312: здѣсь авторъ «принципъ состязательности» ставитъ выше принципа матеріальной правды, въ силу коего рѣшеніе должно слѣдовать лишь на основаніи фактовъ, въ истинности которыхъ судъ убѣжденъ. Въ другомъ сочиненіи: «Bona fides im Civilprozesse», 1892, стран. 129, авторъ, наоборотъ, постулатъ правомѣрности (субъект. и объектив.) ставитъ на первый планъ. — Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses (1877), стран. 29: вслѣдствіе принципа диспозитивности, «сначала сторона рѣшаетъ, оспаривается ли ею правдивость извѣстнаго факта и требуется ли ею поэтому установленіе правды». — Fr. Stein, Das private Wissen des Richters. Leipzig. 1893, стран. 90: «законодатель всегда поведенію тяжущагося, вынужденнаго къ заявленію, придаетъ «prozessgestaltende Kraft»: лишь, если онъ оспариваетъ факты, они нуждаются въ доказательствахъ». — Hölder, Die Natur des gerichtl. Gest. «Zeit. f. Civilpr.» XXVIII (1901), 390. — Fr. Klein, Die schuldhafte Parteihandlung, 1885, стран. 214 сл., во имя принципа состязательности. K. Schneider, Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts (1888), 41. Witmaack, Das ger. Gest. Arch.-Praxis, 88, стран. 6: «so weit die Parteien einverstanden sind, liegt kein Streit». — На этой же точкѣ зрѣнія и вся старая литература: Savigny, Danz, Renaud, Schauberg, Demelius, Endemann, Martin, Bayer. А въ русской литературѣ: Малышевъ, Анненковъ, Малининъ, Гольмстенъ, Буцковскій.

[2]) A. Wach, Vorträge über die D. C. P. O. Bonn. 1896, 61. «Der Richter darf ohne Beweis nicht glauben». Rosenberg L., Zur Lehre vom sog. qualif. Gest. «Arch. Praxis». Bd. 94 (1903), стран. 5: «die Nichtwahrheit einer Behauptung für den Civilprozess... die gleiche Bedeutung hat, wie ihre Unwahrheit» Burckhardt, Civilistische Präsumtionen, 132: «der Richter glaubt ohne Beweis gar nichts». Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess. Leipz. 1845, 195, каждое утвержденіе стороны изначала: «juridisch ungewiss».

Digitized by Google

быть создано убѣжденіе о существованіи ея предположеній, какъ и въ томъ случаѣ, если онъ убѣжденъ въ ихъ несуществованіи.

На какой точкѣ зрѣнія стоитъ Сенатъ? Мы должны констатировать полную безпринципность Сената въ этомъ вопросѣ. Въ К. Р. 1874/421 и даже 1912/34 (со ссылкой на 1882/95) Сенатъ держится первой изъ указанныхъ нами выше концепцій. «По основному началу состязательнаго судопроизводства, каждая сторона обязана доказать только тѣ фактическія обстоятельства, которыя отвергаются противною стороною, долженствующею, по смыслу ст. 314 и 335 Уст. Гражд. Суд., объяснить, — признаетъ ли она или отвергаетъ эти обстоятельства. Всѣ обстоятельства, не отвергаемыя противною стороною, должны быть почитаемы безспорными, не требующими подтвержденія ихъ какими-либо доказательствами. Указаніе стороны на то, что противною стороною извѣстное обстоятельство «не доказано», не дѣлаетъ данное обстоятельство спорнымъ» (1874/421. Ср. 1912/34).

Но въ К. Р. 1912/45: «На истцѣ лежитъ, по ст. 366 Уст. Гражд. Суд., безусловная обязанность доказать свой искъ, отъ каковой обязанности не освобождаетъ его одно лишь отсутствіе возраженій отвѣтчика».

Намъ лично кажется болѣе вѣрной вторая изъ указанныхъ выше концепцій. Если для государства достаточно уже простого утвержденія оскорбленія права со стороны истца, чтобы выступить на защиту его (путемъ возникновенія процесса), то для него недостаточно и дальнѣйшихъ голословныхъ утвержденій, чтобы рѣшать дѣло въ его пользу! Противоположное ученіе (господствующее) разсматриваетъ «доказательство», какъ удовлетвореніе, чинимое одной стороной другой сторонѣ, и ставитъ его въ этомъ смыслѣ подъ дѣйствіе принципа состязательности. Лишь если сторона требуетъ этого удовлетворенія, оно должно быть сдѣлано, иначе оно можетъ быть опущено. Но это ученіе ложно. Доказательства адресуются судьѣ (judici fit probatio), ибо цѣль доказательства — убѣдить судью въ правдивости заявленій. А съ этой послѣдней точки зрѣнія, совершенно недопустимо изслѣдованіе бытія фактовъ переносить первымъ дѣломъ на стороны и лишь въ случаѣ спора между ними — на судъ. Господствующее ученіе приводитъ къ тому, что принципъ матеріальной правдивости вступаетъ въ свои права лишь послѣ того, какъ самими сторонами будетъ ограничена и очерчена «область спорнаго», и дѣйствуетъ лишь въ этой узкой области. Но, вѣдь, при такомъ ученіи судъ никогда не можетъ приступить къ судоотправленію,

Digitized by Google

ибо весь процессъ получитъ характеръ какой-то хронической «непрерывно длящейся «litis contestatio»!

И даже защитники постулата субъективной правомѣрности въ гражданскомъ процессѣ (Trutter, Klein и др.), какъ будто не чувствуютъ безвыходности того круга самопротиворѣчія, въ который они попадаютъ, отстаивая и «bona fides» въ процессѣ и «Feststellungsrecht» сторонъ. Эти ученые ратуютъ за «запрещеніе лжи» (Lügenverbot) въ процессѣ. Но, съ точки зрѣнія оспариваемаго нами ученія, такой «Lügenverbot» находится въ рукахъ противника утверждающаго, ибо лишь послѣ его отвѣта (споръ или неоспариваніе) можно было бы судить о томъ, нарушено ли это запрещеніе. Но ясно, что этотъ «Lügenverbot» существовалъ уже во время учиненія изъявленія: ибо существованіе послѣдняго независимо отъ воли процессуальнаго противника. Запрещеніе должно предшествовать дѣйствію для того, чтобы сторона могла опредѣлять, соотвѣтственно ему, свое поведеніе [1]). Отрицать это, во имя «принципа состязательности», значитъ понимать подъ этимъ послѣднимъ нѣчто весьма неопредѣленное и расплывчатое. Во всякомъ случаѣ этотъ принципъ не долженъ служить роль какого-то свалочнаго мѣста, на которое позволительно было бы ссылаться всегда, когда не выручаетъ собственная теорія!

Наконецъ, оспариваемое нами ученіе въ конечныхъ своихъ выводахъ на практикѣ приводитъ къ торжеству формальной правды, не взирая на общій принципъ, что судъ судитъ на основаніи всѣхъ приведенныхъ по дѣлу обстоятельствъ, и постановляетъ рѣшеніе не иначе, какъ опредѣливъ, по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу всего представленнаго ему доказательнаго матеріала (ст. 129 Уст. Гражд. Суд.). Мы полагаемъ, что, если изъ объясненій отвѣтчика или другихъ источниковъ вытекаетъ, что исковое домогательство не обосновано закономъ, даже и внѣ тѣхъ предѣловъ, которые оспорены отвѣтчикомъ, судъ долженъ отказать въ искѣ и въ этой неоспоренной части. Доказательствомъ этому служитъ ст. 368 Уст. Гражд. Суд.: «Когда, по выслушаніи сторонъ, судъ найдетъ, что по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ, существенныхъ для разрѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ, то объявляетъ объ этомъ тяжущимся и назначаетъ срокъ для разъясненія вышеозначенныхъ обстоятельствъ». Отсюда надо заключить, что утвержденіямъ безъ доказательствъ судъ не вѣритъ. Привести ихъ и высказаться по нимъ — первымъ дѣломъ задача того тяжущагося, который эти утвержденія выставляетъ.

[1]) Это признаетъ самъ Klein, 215, но все же, въ концѣ концовъ, «принципъ состязательности» беретъ у него верхъ.

Digitized by Google

2. Точное отграниченіе понятія признанія отъ болѣе широкаго понятія неоспариванія, равно какъ разграниченіе различныхъ формъ оспариванія, соотвѣтственно различію вызываемыхъ ими юридическихъ послѣдствій, — составляетъ одну изъ самыхъ трудныхъ проблемъ науки гражданскаго процесса.

Научная доктрина въ своихъ логически правильныхъ построеніяхъ связана иногда диссонирующей нормой положительнаго закона, а законодатель, въ свою очередь, даетъ нерѣдко себя увлечь весьма сомнительными теоріями.

Между признаніемъ и оспариваніемъ лежитъ обширная промежуточная область «нейтральныхъ заявленій» (O. Bülow, Das Gestr., 12), именуемая неоспариваніемъ въ широкомъ смыслѣ этого слова.

Опредѣленіе юридическихъ послѣдствій этихъ «нейтральныхъ» заявленій законъ можетъ или взять на себя (ср. § 138 Abs. 2 D. C. P. O.) [1]), или положительно предоставить усмотрѣнію суда [2]) или же обойти его полнымъ молчаніемъ. Къ этой послѣдней группѣ законодательствъ принадлежитъ и русское право.

Въ старой нѣмецкой доктринѣ «общаго права» (gemeines Recht) ученые [3]) обычно пытались свести неоспариваніе и признаніе къ одной идеѣ: послѣдствія неоспариванія объясняли изъ силы признанія, ибо оно разсматривалось, какъ молчаливое или фингированное признаніе (Guyet, ук. с. 153 сл.) [4]).

---

[1]) § 138, Abs. 2 D. C. P. O., «Thatsache, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht». Ср. § 266 венгерск. C. P. O. (1911 г.): «Tatsächliche Behauptungen, welche die Partei im Laufe der mündlichen Verhandlung, nachdem sie zur Erklärung aufgefordert worden ist, nicht ausdrücklich bestreitet, und welche auch nicht durch ein mit ihrer Wahrheit unvereinbartes Vorbringen als mittelbar bestritten angesehen werden können, bedürfen keines Beweises, ausgenommen wenn sich aus dem sonstigen Vorbringen der Partei ergibt, dass sie sie bestreiten wolle».

[2]) Австр. C. P. O., § 267: Ob tatsächliche Behauptungen einer Partei mangels eines ausdrücklichen Geständnisses des Gegners als zugestanden anzusehen seien, hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesammten Inhaltes des gegnerischen Vorbringens zu beurtheilen.

[3]) Wetzell, System, § 49, стран. 629; Renaud, Lehrbuch (1867), § 165, стран. 488; Bayer, Vorträge (1869), §§ 156, 185. Contra. Guyet, Das fingirte Geständniss. Arch.-Praxis. 40 (1857), впервые рѣзко разграничивавшій молчаливое признаніе отъ фингированнаго. Молчаливое признаніе, такъ же какъ и положительное, вытекаетъ изъ воли признавшагося и отличается лишь въ формѣ выраженія этой воли. Она, именно, выводится изъ дѣйствій или упущеній лица, которыя, по законамъ логики и психологіи, даютъ судьѣ убѣжденіе, что это лицо имѣло при этомъ волю признать. При фингированномъ признаніи, наоборотъ, и не спрашивается о волѣ того лица, къ чьей невыгодѣ оно считается существующимъ. Эта фикція устанавливается закономъ, какъ штрафъ за непослушаніе.

[4]) Endemann, C. P. II, стран. 79; Seuffert, C. P. O., стран. 133, 313, подводятъ contumacia (§ 129 C. P. O.) отвѣтчика подъ понятіе судебнаго признанія (§§ 261—263).

Digitized by Google

Такая концепція осуждается современной наукой гражданскаго процесса, строго различающей понятія молчаливаго и фингированнаго признанія[1]) и не считающей признаніе и неоспариваніе за равнозначащія понятія[2]). Сюда присоединяется еще и слѣдующее наблюденіе: сторона можетъ облечь какъ свое признаніе, такъ и неоспариваніе въ неопредѣленныя формы, т.-е. въ выраженія, выражающія намѣренія ея не категорически.

Задача законодателя здѣсь — заставить сторону мѣрами косвеннаго побужденія (угрозой невыгодныхъ послѣдствій) «развязать свой языкъ» и тѣмъ самымъ обезпечить полноту судебнаго матеріала[3]).

Такимъ образомъ, мы получаемъ такую схему:

I. Тяжущійся положительно опровергаетъ противника.

II. Тяжущійся опровергаетъ противника уклончиво.

III. Тяжущійся положительнымъ заявленіемъ выражаетъ желаніе не оспаривать утвержденій противника.

IV. Тяжущійся не оспариваетъ молчаливо (обходя молчаніемъ или уклоняясь отъ объясненій) нѣкоторыя или всѣ утвержденія противника.

V. Тяжущійся признаетъ требованія или обстоятельства, или 1) въ отвѣтъ на разспросы суда, или 2) по собственному почину.

Войдемъ теперь въ ближайшій анализъ всѣхъ этихъ положеній.

I. Первое положеніе таково: противникъ положительно опровергаетъ требованія противника или тѣ обстоятельства, на коихъ они основаны.

Что означаетъ: «положительное опроверженіе»? Достаточно ли, если отвѣтчикъ возразитъ: «я категорически опровергаю всѣ утвержденія истца, я жду отъ него доказательствъ»?

На первый взглядъ можетъ казаться, что, съ точки зрѣнія Уст. Гражд. Суд., такого рода заявленіе недостаточно. Вѣдь, ст. 315 требуетъ, чтобы отвѣтчикъ возражалъ не голословно, а свое опроверженіе подкрѣплялъ бы соотвѣтствующими доказательствами. «Въ письменномъ объясненіи должны быть изложены обстоятельства, на коихъ основанъ споръ отвѣтчика и приведены подкрѣпляющія этотъ споръ доказательства».

---

[1]) O. Bülow, Prozess. Fiktionen. Arch.-Pr. 64, стран. 27. R. Schmidt, Lehrbuch (1906), 495: фикція есть лишь «technisches Hilfsmittel des Gesetzgebers», а не объясненіе его мысли. См. еще Guyet, предшеств. примѣчаніе. Но о фикціи признанія продолжаетъ говорить Plank, Lehrbuch (1891), II, стран. 53.

[2]) O. Bülow, Das Geständnissrecht (1899), стран. 11, признаніе и неоспариваніе не суть «äquipollenten Begriffe». — Trutter, Prozess. Rechtsgeschafte, стран. 471, 504 сл. — L. Möring, Die Natur und Kraft des Geständnisses im Civilprozess. Berlin. 1885, стран. 13.

[3]) Trutter, Prozess. Rechtsg., 504 сл.: вопросъ о мѣрахъ и объемѣ обезпеченія матеріальной справедливости есть вопросъ положительнаго законодательства.

Digitized by Google

На почвѣ такого толкованія Уст. Гражд. Суд. стоитъ и нашъ Сенатъ. «Отвѣтчикъ, явившійся на судъ и не признающій иска, долженъ положительно объяснить, какія изъ приводимыхъ истцомъ обстоятельствъ, на коихъ основанъ искъ, онъ признаетъ и какія отвергаетъ». Онъ «не въ правѣ ограничиться лишь возраженіемъ, что истецъ не доказалъ своего иска, и уклониться отъ представленія объясненій по указаннымъ истцомъ обстоятельствамъ. Такое уклоненіе отвѣтчика отъ возложенной на него закономъ обязанности судъ можетъ счесть за отсутствіе съ его стороны спора противъ приводимыхъ истцомъ обстоятельствъ, т.-е. за признаніе этихъ обстоятельствъ, и освободить истца отъ представленія доказательствъ въ подтвержденіе обстоятельствъ, не оспоренныхъ отвѣтчикомъ» (1879/233; 1878/156; 1876/335 и многіе другіе).

Съ такого рода ученіемъ мы согласиться не можемъ. Оно не согласуется съ ст. 366 Уст. Гражд. Суд.: «истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія». Мы вполнѣ согласны съ Сенатомъ, въ томъ отношеніи, что истецъ не обязанъ къ представленію дальнѣйшихъ доказательствъ на доказанный уже искъ, вслѣдствіе однихъ голословныхъ возраженій отвѣтчика» (1875/256, 1883/88). Но разъ истецъ голословенъ въ своихъ утвержденіяхъ, то во имя какихъ началъ мы голословность возраженія отвѣтчика должны обсуждать, какъ «признаніе» съ его стороны? Никакому искусству интерпретаціи не удастся влить въ ст. 366 Уст. Гражд. Суд. тотъ смыслъ, что доказывать суду спорное обстоятельство долженъ кто-нибудь: не удастся это истцу,—пускай доказываетъ это отвѣтчикъ! Вѣдь, самъ Сенатъ въ многочисленныхъ своихъ рѣшеніяхъ учитъ, что «на истцѣ лежитъ, прежде всего, безусловная обязанность доказать свой искъ, и затѣмъ обязанность отвѣтчика подтвердить свои возраженія доказательствами возникаетъ тогда только, когда исковое требованіе основано на предустановленныхъ законами доводахъ» (см. В. М. Гордонъ, Уст. Гражд. Суд. 1914 г., къ ст. 366 § 6). Разъ истецъ не доказалъ надлежащаго своего иска, отвѣтчикъ не обязанъ доказывать возраженій (тамъ же, II).

Конечно, судъ можетъ спросить отвѣтчика (ст. 335)—признаетъ ли онъ или отвергаетъ требованіе истца. Но отвѣтчикъ вполнѣ въ правѣ ограничиться дачей краткаго отвѣта въ томъ или другомъ смыслѣ. Если бы мы потребовали отъ него еще чего-либо большаго, мы переложили бы onus probandi съ истца на отвѣтчика, т.-е. разомъ уничтожили бы всѣ правила распредѣленія тяжести доказыванія, установленныя съ такимъ трудомъ юриспруденціей.

Digitized by Google

Такимъ образомъ, мотивированности, т.-е. снабженіе возраженія объясненіями, какъ признакъ категорическаго опроверженія, мы требуемъ тогда только, когда, на основаніи ст. 366 Уст. Гражд. Суд., возникаетъ обязанность доказыванія на сторонѣ отвѣтчика. До этого момента категоричность опроверженія въ юридическомъ смыслѣ слова совпадаетъ съ обывательскимъ понятіемъ этого выраженія.

Каково же юридическое значеніе упущенія такого категорическаго опроверженія, — этотъ вопросъ мы изслѣдуемъ ниже.

II. Тяжущійся можетъ опровергать противника уклончиво. И это положеніе интересуетъ насъ лишь при томъ условіи, если противникъ не доказалъ своихъ утвержденій въ той мѣрѣ, что «onus probandi» противнаго ложится уже на другого тяжущагося. Вѣдь, если утвержденіе доказано, то правовый эффектъ наступитъ во имя этой доказанности, а не во имя «признанія» противника, учиненнаго въ той или иной формѣ! [1])

Одна изъ наиболѣе распространенныхъ формъ уклончиваго опроверженія та, когда противникъ заявляетъ: «этого я не знаю (или — «не помню»); докажи!»

Юридическія послѣдствія такого заявленія («Erklären mit Nichtwissen») регулированы въ нѣкоторыхъ законодательствахъ.

D. C. P. O. (§ 138 Abs. 3) дѣлаетъ такое различеніе:

1) такое заявленіе приравнивается къ спору, если рѣчь идетъ о чужихъ дѣйствіяхъ;

2) оно приравнивается къ неоспариванію, если рѣчь идетъ о собственныхъ дѣйствіяхъ или воспріятіяхъ стороны [2]).

Австрійскій C. P. O. (§ 267) [3]) и венгерскій C. P. O. (1911 г.) (§ 266, abs. 2) [4]) предоставляютъ свободному усмотрѣнію суда

---

[1]) Непониманіе этой простой вещи см. въ К. Р. 1877/38: «Собственное сознаніе» истца Сенатъ усматриваетъ въ томъ, что «истецъ не представилъ ни доказательствъ, ни даже возраженій противъ дѣйствительности тѣхъ фактовъ, которые доказаны отвѣтчикомъ»... «Въ силу ст. 366 Уст. Гражд. Суд., Палата могла потребовать отъ истца доказательствъ въ опроверженіе оныхъ и, за непредставленіемъ таковыхъ, признать факты эти подтвержденными собственнымъ сознаніемъ (?!) противной стороны».

[2]) § 138 Abs. 3 D. C. P. O.: «Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlung der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind».

[3]) § 267 Abs. 2 австр. C. P. O.: «In gleicher Weise hat das Gericht insbesondere auch zu beurtheilen, ob die Erklärung mit Nichtwissen oder Nichterinnern als eine die Annahme eines Zugeständnisses ausschliessende oder aber ein Zugeständniss in sich schliessende Erklärung anzusehen sei».

[4]) Венгерск. C. P. O. § 266 абз. 2: «судъ рѣшаетъ при внимательной оцѣнкѣ всѣхъ обстоятельствъ, можно ли разсматривать, какъ споръ, заявленіе стороны, что она не имѣетъ никакихъ свѣдѣній о правильности фактическихъ утвержденій противника, или не можетъ вспомнить о нихъ».

Digitized by Google

рѣшить, — можно ли усмотрѣть въ такого рода заявленіи споръ, и безъ различія, проводимаго въ германскомъ кодексѣ.

Нашъ Уст. Гражд. Суд. и Проектъ Уст. Гражд. Суд. молчатъ о юридическомъ значеніи такого заявленія. Мало того! По закону 1890 г., іюня 12, введено право «потребовать явки отвѣтчика лично или черезъ повѣреннаго, если по обстоятельствамъ дѣла окажется необходимость въ его словесныхъ объясненіяхъ» (ст. $145^{I, II}$, 719, 719^{I} Уст. Гражд. Суд.)[1]. Но санкціи неповиновенія тяжущагося въ смыслѣ фикціи или даже презумпціи признанія въ законѣ не указано. А между тѣмъ, право личнаго разспроса и введено для случаевъ, когда спорное обстоятельство касается личныхъ дѣйствій тяжущагося [2]. Многозначительно и ст. 719^{I} Уст. Гажд. Суд. говоритъ: «въ случаѣ неисполненія истцомъ сего требованія, судъ прекращаетъ производство дѣла, развѣ бы отвѣтчикъ просилъ о постановленіи по оному рѣшенія (ст. 718 п. 2)». Такимъ образомъ, «non liquet» на сторонѣ истца имѣетъ своимъ послѣдствіемъ «прекращеніе производства дѣла», а не отказъ въ искѣ!!

И такого рода санкція вытекаетъ изъ всей исторіи этого института въ Россіи. Въ Проектѣ Уст. Гражд. Суд. 1864 г. санкціей неповиновенія вызываемаго тяжущагося былъ установленъ денежный штрафъ (ст. 349), а не «poena confessi». Въ Уст. Гражд. Суд., однако, «право вызова» для личнаго разспроса совсѣмъ не было принято. Лишь по указанію опыта на настоятельную необходимость этого института, въ 1890 г. (законъ 12 іюня) были введены цитированныя нами выше $ст. 145^{I, II}$, въ которыхъ опять-таки мы не встрѣчаемъ «poena confessi».

Лишь Проектъ Уст. Гражд. Суд. (1894—99 г.) считаетъ полезнымъ установить, «по примѣненіи къ ст. 444 Уст. Гражд. Суд.» суровую санкцію: «въ случаѣ неявки тяжущихся безъ уважительныхъ причинъ, судъ въ правѣ признать доказанными тѣ обстоятельства, по которымъ требовалось его личное объясненіе» (ст. 190)[3]. Кромѣ того, ст. 189 Проекта спеціально говоритъ о юридическомъ значеніи заявленія о невѣдѣніи, постановляя санкцію не столь

---

[1]) Ср. ст. 1633 Уст. Гражд. Суд. (для коммерч. судовъ Царства Польскаго) и п. 7 примѣч. къ ст. 1805 Уст. Гражд. Суд. (для дѣлъ торговыхъ въ Прибалтійской губ.).

[2]) См. Объяснительная Записка къ Проекту Уст. Гражд. Суд. ч. I (Суд. Уст. 1864 г.), стран. 294. — Проектъ, ст. 338: «Когда существенныя для дѣла обстоятельства, на которыхъ тяжущійся утверждаетъ свои требованія или возраженія, относятся до личныхъ дѣйствій противной стороны, которая въ отвѣтѣ своемъ не даетъ положительнаго о нихъ отзыва или объясняется о нихъ двусмысленно и уклончиво, то судъ можетъ, по просьбѣ тяжущагося, вызвать самихъ тяжущихся къ разспросу».

[3]) См. Объясн. Записка къ Проекту Уст. Гражд. Суд. (1894—99 гг.), стран. 169.

Digitized by Google

категоричную, какъ въ D. C. P. O. (§ 138: «sind als zugestanden angesehen»... Abs. 3: «заявленіе о невѣдѣніи недопустимо касательно личныхъ дѣйствій и воспріятій»): «отзывъ стороны о невѣдѣніи, а равно уклоненіе отъ положительныхъ объясненій могутъ (!) служить основаніемъ къ заключенію о признаніи этою стороною обстоятельствъ, утверждаемыхъ противною стороною, при чемъ судъ принимаетъ въ соображеніе, насколько спорныя обстоятельства относятся къ личнымъ дѣйствіямъ стороны, отозвавшейся незнаніемъ или уклоняющейся отъ объясненія».

Такимъ образомъ, мы видимъ, что и Проектъ Уст. Гражд. Суд. не устанавливаетъ «poena confessi», какъ необходимое, неизбѣжное послѣдствіе такого рода показанія! Судъ «можетъ» «заключить о признаніи», при чемъ даже «незнаніе» личныхъ дѣйствій не имѣетъ рѣшающаго значенія: судъ «принимаетъ въ соображеніе» такое показаніе, какъ одно изъ обстоятельствъ дѣла при выработкѣ своего «заключенія о признаніи».

Нельзя вывести и безповоротнаго «poena confessi» въ показаніи о невѣдѣніи личныхъ дѣйствій и воспріятій и изъ нормъ дѣйствующаго Уст. Гражд. Суд.

Конечно, законъ вызываетъ угрозой невыгодныхъ послѣдствій уклоненіе отъ тѣхъ дѣйствій стороны въ процессѣ, которыя могутъ исходить лишь лично отъ нея, и въ каковомъ поведеніи нельзя не усмотрѣть нарушенія «bona fides». Напр., въ силу ст. 444 Уст. Гражд. Суд., если при несомнѣнности нахожденія требуемаго документа у противника послѣдній откажется отъ представленія онаго, «судъ можетъ (!) признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ».

Самъ буквальный смыслъ ст. 444 учитъ, что судъ въ правѣ, но не обязанъ примѣнить эту санкцію при наличности указанныхъ условій. Законъ 1) угрозой побуждаетъ сторону къ извѣстному дѣйствію и 2) своимъ дозволеніемъ наставляетъ судью, какъ быть въ указанномъ затруднительномъ положеніи. Но ст. 129, предписывающая суду вообще считаться съ «убѣжденіемъ совѣсти» и принимать въ соображеніе «всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства», — имѣетъ и здѣсь пріоритетъ передъ всякими мыслями о наказаніи строптиваго тяжущагося!

То же мы должны сказать о ст. 911 Уст. Гражд. Суд.: «Въ случаѣ неявки отвѣтчика, обязаннаго къ представленію расчета или отчетности, взыскатель можетъ представить суду приблизительный расчетъ суммамъ, которыя онъ признаетъ подлежащими взысканію. Къ участію въ повѣркѣ сего расчета отвѣтчикъ допускается

Digitized by Google

въ такомъ только случаѣ, когда онъ вмѣстѣ съ тѣмъ представитъ и требуемые отъ него расчетъ или отчетность». И здѣсь — угроза невыгодными послѣдствіями въ интересахъ побужденія отвѣтчика къ дачѣ отвѣта (Erklärungspflicht!), — а отнюдь не безповоротная poena confessi!

Болѣе рѣшительный эффектъ придаетъ Уст. Гражд. Суд. судебному признанію, касательно личныхъ дѣйствій: оно безусловно неопровержимо; оно остается «формальной истиной» даже тогда, когда сторона докажетъ, что она, учиняя признаніе, была въ заблужденіи (ст. 481: «Сторона, учинившая признаніе, можетъ опровергать его въ такомъ только случаѣ, когда признаніе относилось не къ личнымъ ея дѣйствіямъ»...).

Но постановленіе это, не имѣющее прецедента въ европейской законодательной практикѣ, не вытекающее изъ юридической природы признанія, какую бы теорію мы ни признали вѣрной, можетъ еще быть объяснено излишней опасливостью закона передъ шиканой признающагося. Разъ сторона признаетъ то, что составляло ея личное дѣйствіе, то послѣдующее опроверженіе (даже самое убѣдительное!) такого признанія невольно наталкиваетъ на мысль о недобросовѣстности этого лица. Но распространять идею, лежащую въ основѣ этой нормы, на случаи уклончиваго показанія тяжущагося рѣшительно невозможно! Развѣ можно отождествить въ эффектѣ такія показанія: «Да, я это сдѣлалъ», и — «нѣтъ! я ничего не знаю о томъ правонарушеніи, которое мнѣ приписываетъ мой противникъ»!? Первое показаніе есть категорическое судебное признаніе. Второе показаніе есть не что иное, какъ оспариваніе, ибо лицо тѣмъ самымъ говоритъ, что оно, именно, не знаетъ, истинно ли утвержденіе противника.

Той же самой идеѣ — лицо должно знать и помнить свои личныя дѣйствія — обязана и ст. 542 Уст. Гражд. Суд.: «Сомнѣніе въ подлинности акта не можетъ быть заявлено лицомъ, отъ имени коего актъ выданъ или составленъ, если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ». Т.-е. то лицо, которое участвовало въ составленіи акта и коего подпись подъ нимъ значится, не можетъ «сомнѣваться» въ подлинности акта; оно можетъ его опорочить лишь прямымъ споромъ о подлогѣ.

И здѣсь мы имѣемъ такую обстановку событій, которая не позволяетъ намъ переносить отсюда какіе-либо выводы въ интересующую насъ область «уклончивыхъ отвѣтовъ». Вѣдь, здѣсь мы имѣемъ письменный актъ, удостовѣряющій долговое отношеніе, и онъ изготовленъ самимъ тяжущимся, который, конечно, знаетъ свой почеркъ и легко можетъ вспомнить, при добросовѣстномъ запамято-

Digitized by Google

ваніи, обстоятельства, при которыхъ онъ былъ выданъ. Для обезпеченія силы и достовѣрности за письменными актами законодатель и устанавливаетъ, что свою подпись можно опровергать лишь въ видѣ прямой и смѣлой атаки, а не робкихъ сомнѣній.

Всѣ эти нормы (стт. 444, 911, 481, 542 Уст. Гражд. Суд.) указываютъ намъ, что нашъ Уст. Гражд. Суд., съ одной стороны, придаетъ большую доказательную силу показаніямъ, касательно личныхъ дѣйствій, въ томъ случаѣ, если они содержатъ въ себѣ прямое признаніе, и, съ другой стороны, неодобрительно и подозрительно относится къ уклончивымъ показаніямъ того же содержанія. Таковъ — общій смыслъ всѣхъ статей Уст. Гражд. Суд. Но все же въ Уст. Гражд. Суд. нѣтъ императива, схожаго съ § 138 Abs. 3 D. C. P. O., а потому, безъ прямого приказа закона, мы не можемъ вводить въ систему нашего права принципъ ему неизвѣстный: poena confessi. На почвѣ ст. 129 Уст. Гражд. Суд. мы должны признать, что Уст. Гражд. Суд. держится болѣе свободныхъ (и болѣе справедливыхъ!) началъ австрійскаго и венгерскаго права, т.-е. и въ дѣйствующемъ правѣ мы должны провозгласить примѣнимость правила ст. 189 Проекта Уст. Гражд. Суд., какъ болѣе соотвѣтствующаго общему смыслу и духу Уст. Гражд. Суд.

III. Та форма признанія, путемъ коей сторона положительно заявляетъ, что она не желаетъ оспаривать утвержденій противника, послужила въ литературѣ и практической юриспруденціи предметомъ самаго оживленнаго спора: какое юридическое значеніе придать такому заявленію? Если сторона заявляетъ: «я не хочу оспаривать утвержденія противника», «я отрекаюсь отъ моего права спора» и т. п., то какъ мы должны обсуждать таковое: какъ судебное признаніе, т.-е. подтвержденіе утвержденія противника, или какъ индифферентное («нейтральное») отношеніе къ послѣднему? Въ зависимости отъ того или иного отвѣта на этотъ вопросъ, мы придадимъ показанію или силу настоящаго судебнаго признанія (§ 288 D. C. P. O., ст. 479 сл. Уст. Гражд. Суд.) или же просто будемъ лишь временно обсуждать его, «какъ признанное» («als zugestanden» § 138 Abs. 3 D. C. P. O.).

Если вникнуть въ смыслъ указаннаго заявленія, то окажется, что такое показаніе не содержитъ въ себѣ положительнаго элемента заявленія, что утверждаемый фактъ «правдивъ». Оно содержитъ въ себѣ лишь отреченіе отъ лежащемъ на противникѣ «onus probandi» (чисто негативное заявленіе).

Digitized by Google

Громадное количество крупныхъ ученыхъ[1]) во главѣ съ I. Plank'омъ (Lehrbuch des d. Civilprozessr. I (1887), 316 сл.) не только не усматриваетъ въ этой формѣ заявленія какой-либо аномаліи, но даже объявляетъ, что вообще всѣ судебныя признанія суть выраженіе воли отречься отъ процессуальнаго права спора[2]). Опираясь на авторитетъ Plank'a (и Wetzell'a) Мотивы къ Entwurf z. C. P. O. (1874), zu §§ 251—255 (=§ 261 C. P. O.), стран. 210 [3]), опредѣляютъ судебное признаніе, какъ «Verzicht auf den Beweis», а эта концепція судебнаго признанія привела къ тому, что и судебная практика въ Германіи имѣетъ склонность даже простое заявленіе (воли) о неоспариваніи (Nichtbestreitenwollens) обсуждать, какъ связывающее судебное признаніе [4]).

Классическія работы о признаніи O. Bülow [5]), Trutter[6]), Klein[7]), K. Schneider[8]), Demelius[9]), Witmaack[10]) и др. наголову разбили теоретическія предпосылки этой «теоріи отреченія».

Мы въ настоящей статьѣ не будемъ вновь поднимать тотъ столбъ пыли, который еще до сихъ поръ не улегся[11]) на мѣстѣ борьбы научныхъ теченій по интересующему насъ вопросу. Въ окончательномъ выводѣ скажемъ только, что противъ «теоріи отреченія», какъ и вообще противъ всѣхъ видовъ «волевыхъ теорій», выдвигающихъ на первый планъ моментъ воли, говоритъ то соображеніе, что правопорядокъ обращается къ отвѣтчику «prima facie» съ вопросомъ: «правильны ли заявленія истца?», — а не: «желаешь ли ты ихъ признать правильными».

Поэтому, какъ, съ одной стороны, заявленіе отвѣтчика: «показанія истца правильны, но голословны, пускай докажетъ ихъ, такъ какъ я не желаю ихъ признавать» — есть признаніе, такъ, съ другой стороны, заявленіе: «я отказываюсь отъ права требованія

---

[1]) Внѣ темы настоящей статьи лежитъ какъ перечисленіе всѣхъ приверженцевъ «теоріи отреченія», такъ и подробный анализъ и опроверженіе ея, — что должно составить предметъ особаго изслѣдованія, нами уже изготовленнаго къ печати.

[2]) I. Plank, § 61, стран. 317: Признаніе, по своей юридической природѣ, есть «Willenserklärung, und zwar des Inhalts, von dem Prozessrecht der Verteidigung durch reine Verneinung keinen Gebrauch machen zu wollen».

[3]) Ср. Hahn, Die gesammten Materialien zu C. P. O., II[1], стран. 278, 597; II[2], стран. 915, 1003.

[4]) O. Bülow, Das Geständnissrecht. Freiburg. 1899, стран. 8, 15.

[5]) O. Bülow, ук. с. стран. 9 сл.

[6]) I. Trutter, Bona fides im Civilprozesse, 1892, стран. 209 сл.

[7]) Klein, Pro futuro. Wien 1891, стран 16.

[8]) K Schneider, Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts. Leipz. 1888, стран. 44 сл.

[9]) Demelius, Die Confessio. 1880, стран. 237 сл.

[10]) Wittmaack, ук. соч. 4.

[11]) E. Hölder, ук. соч. Z. f. Civilpr. XXVIII (1901) спеціально посвящаетъ свою статью полемикѣ съ O. Bülow'омъ, но его выпады неудачны.

Digitized by Google

доказательства этого факта» — не дѣлаетъ тотчасъ же соотвѣтствующій фактъ «юридически извѣстнымъ». При наличности этого послѣдняго заявленія что долженъ дѣлать судья? Мы полагаемъ, что судьѣ представляется поводъ для энергичнаго вмѣшательства. Онъ долженъ былъ бы спросить тяжущагося: должно ли это означать, что онъ желаетъ сознать спорный фактъ?[1]). Предположимъ теперь, что тяжущійся «не пожелаетъ» расширить своего заявленія и въ томъ смыслѣ, что онъ признаетъ и истинность соотвѣтствующаго факта? Напр. заявитъ, что «данное обстоятельство не существуетъ, но онъ дозволяетъ обсуждать его какъ существующее»[2]). Или заявитъ: «утверждаемый фактъ неправдивъ, но я желаю его обсуждать, какъ правдивый»!

Мы полагаемъ, что такія заявленія должны обсуждаться не какъ признаніе, а какъ споръ.

Если до этого категорическаго разъясненія тяжущагося смысла его заявленія оно должно было бы обсуждаться, какъ уклоненіе отъ своей обязанности занять опредѣленную позицію къ утвержденію противника, — и въ этомъ свойствѣ можетъ вызвать общія послѣдствія, коими законъ облагаетъ такого рода поведеніе (ср. § 138 Abs. 3 D. C. P. O.: «Thatsache, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen»...), то съ момента указаннаго разъясненія отпадаетъ даже «презумпція» признанія, и судья долженъ отвергнуть заявленіе, какъ правово недѣйствительное заявленіе[3]).

Оспариваемое нами ученіе, разсматривающее судебное признаніе не какъ подтвержденіе или свидѣтельство истины, а какъ нежеланіе оспаривать факты и требованія, утверждаемыя противникомъ[4]),

---

[1]) Ср. Möhring, ук. соч. 23. Trutter, Bona fides, 217. O. Bülow. ук. соч., 16. Всѣ они того мнѣнія, что къ officium judicis принадлежитъ въ случаѣ такого уклончиваго отвѣта вызвать сторону на опредѣленное изъявленіе, признаетъ ли она или отвергаетъ утвержденіе противника.

[2]) E. Hölder, ук. соч., 390 сл., конструируетъ всякое судебное признаніе, какъ дозволеніе (gestattet), согласно требованію противника, обсуждать извѣстное обстоятельство, какъ истинное. Съ точки зрѣнія этой концепціи, черезъ признаніе притязанія тяжущійся вовсе не устанавливаетъ прежнее существованіе такового. Наоборотъ, этотъ вопросъ, черезъ констатированіе теперешняго существованія его, дѣлается излишнимъ.

[3]) Такого мнѣнія держится даже T. Trutter, Bona fides, 217, хотя онъ склоненъ обсуждать судебное признаніе, какъ юридическую сдѣлку.

[4]) V. Canstein, Anerkennung und Geständniss. «Zeit. f. d. Civilprozess.» I (1879), 336. Опираясь на § 129 D. C. P. O., онъ говоритъ: «поэтому ни къ какомъ случаѣ судебное признаніе не есть Selbstzeugniss, т.-е. не есть «Beweisgrund» и даже не тогда, когда признающійся дѣйствительно имѣетъ волю засвидѣтельствовать истину. Ибо свидѣтельствовать можно лишь при обязанности къ правдивости (напр. подъ присягой)». Но — полагаемъ мы — законъ можетъ фиксировать «доказательную силу» этого свидѣтельствованія. И, облагая признаніе особой силой, законъ тѣмъ самымъ налагаетъ (а не — исходитъ отъ!) «Wahrheitspflicht».

Digitized by Google

представляетъ изъ себя скользкую почву, по которой легко докатиться до теоріи, сильно представленной, но еще болѣе сильно опровергнутой, что признаніе важно не ради истинности подтверждаемыхъ фактовъ, а ради воли, въ ней вложенной, т.-е. признаніемъ рождается для признающагося самодовлѣющее обязательство, которое быть можетъ иначе и не обосновано[1]). Отсюда и придача судебному признанію значенія самостоятельнаго «Obligierungsakt», «Verpflichtungsgrund»[2]).

Это построеніе давно разбито на-голову въ трудахъ A. Hofmann[3]), Degenkolb[4]), Canstein[5]), Hegler[6]) и др. Мы не будемъ повторять всѣхъ доводовъ contra этой теоріи. Но вотъ что мы находимъ весьма существеннымъ для нашей темы.

Ни одно положительное законодательство (ср. ст. 257 п. 4 Уст. Гражд. Суд.) не знаетъ абстрактнаго требованія, какъ «an sich selbst», уже достаточнаго для обоснованія иска[7]). Поэтому, съ другой стороны, мы должны отвергнуть и силу и абстрактныхъ признаній! Какъ исковыя требованія, такъ и признанія ихъ, должны быть индивидуализированы. И признаніе не можетъ даже исцѣлить этого формальнаго недостатка искового прошенія![8]) Вотъ почему и судебное рѣшеніе, постановленное «согласно признанію», есть рѣшеніе по первоначальному исковому притязанію въ его неизмѣняемой индивидуальности, а не есть отвѣтъ на «сонзволеніе», содержащееся въ признаніи![9])

Лишь отправляясь отъ этихъ единственно правильныхъ концепцій, мы можемъ опредѣлить юридическую силу и такихъ заявленій: «я признаю исковое требованіе въ цѣломъ (in abstracto), но

---

[1]) H. Bayer, Vorträge (1869), 711; Eccius, Gruch. Beiträge, XXX, 465, Martin, Lehrbuch, § 128.

[2]) Wach, Das Geständniss. Arch.-Prax. 64, 254; Kohler, ук. соч. «Zeit. f. Civilpr.» XXIX, 36. Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. 167, примѣч. 24. Unger, Jhering. Jahrb. VIII, 213. Hellmann, Lehrbuch des d. Zivilprozessrechts. 389.

[3]) A. Hofmann, Historische und dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im Zivilprozess. München, 1892, стран. 23.

[4]) H. Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess. (1905), 120 сл.

[5]) Canstein, ук. соч. 7. Civilpr. I, 282 сл.

[6]) Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozess. Anerkenntnis. Tübingen. 1903, стран. 53 сл.

[7]) Degenkolb, ук. соч. 130, Canstein, ук. соч., 302, точно выясняютъ цѣль «Substanziirungspflicht». «Государство не можетъ допустить своего принужденія in concreto, гдѣ оно отказываетъ его in abstracto. Судьѣ должна быть дана увѣренность, что государственное принужденіе не испрашивается для притязанія, которое основывается на закономъ запрещенной, недѣйствительной или неисковой сдѣлкѣ».

[8]) См. изложеніе контроверзы у Degenkolb, 126 сл.

[9]) Это доказано Degenkolb'омъ, ук. соч., 120 сл., и Hölder'омъ, ук. соч., 412.

Digitized by Google

оспариваю всѣ исковыя утвержденія фактовъ, лежащихъ въ основѣ требованія».

Значеніе такого заявленія не бо́льшее, чѣмъ сила того заявленія, о которомъ рѣчь шла выше: «факты, утверждаемые истцомъ, ложны, но я отрекаюсь отъ права спора». Т.-е. силы судебнаго признанія такого рода заявленія не имѣютъ. Внѣ установленія судомъ правово-важныхъ фактовъ немыслимо и судебное рѣшеніе! Поэтому огульное признаніе «искового требованія» мыслимо лишь при «субстанціированныхъ» искахъ: здѣсь не надо еще повторенія тѣхъ фактовъ, существованіе конхъ приводитъ къ наличности требованія.

Всѣ эти общія теоретическія разсужденія вполнѣ оправдываются и въ догматическомъ изученіи Уст. Гражд. Суд. Ст. 479 говоритъ, что судебное признаніе можетъ быть сдѣлано «во время словеснаго состязанія». Что такое «состязаніе», объясняютъ намъ стт. 72, 330, 331, 335. — «Словесное состязаніе тяжущихся заключается въ изложеніи сперва истцомъ, а затѣмъ отвѣтчикомъ, какъ требованій ихъ, такъ и обстоятельствъ и доводовъ, на конхъ сіи требованія ихъ основаны» (ст. 330).

Поэтому исковое притязаніе должно быть матеріаломъ для преній въ словесномъ состязаніи, для того, чтобы быть объектомъ признанія въ смыслѣ ст. 479 сл. Уст. Гражд. Суд. (То же мы должны сказать касательно письменнаго состязанія, въ виду п. 4 стт. 257 и 314 Уст. Гражд. Суд.). Цѣлью же состязанія законъ выставляетъ полное разъясненіе дѣла (стт. 72, 176, 338, 339, 693).

Все это указываетъ на то, что заявленія отвѣтчика: «утвержденія истца лживы, но я ихъ признаю за истинныя», «это — неправда, но я отрекаюсь отъ права спора», «факты — невѣрны, но требованія правильны» и т. п., съ точки зрѣнія и русскаго закона, не могутъ быть разсматриваемы какъ признанія, въ смыслѣ стт. 112 сл., 479 сл. Уст. Гражд. Суд. Это есть споръ, а не — «неоспариваніе» утвержденій противника!

И не опровергаютъ наши положенія стт. 337 и 335 Уст. Гражд. Суд. Ст. 337: «при словесномъ состязаніи предсѣдатель суда склоняетъ тяжущихся къ примиренію, если признаетъ это возможнымъ» (ср. стт. 70, 177, 337).

Но не надо думать, что «примиреніе» тяжущихся удовлетворяло бы ближайшую цѣль процесса: разъясненіе спорныхъ обстоятельствъ дѣла и примѣненіе нормы права къ установленному составу фактовъ! Задача суда — вовсе не покончить процессъ во что бы то ни стало, а разрѣшить споръ! Смыслъ ст. 337 — только тотъ, что обязанность суда — устранить изъ словеснаго состязанія

Digitized by Google

предосудительный задоръ спора (Streitlust), излишній и не совмѣстимый съ этическими основами процесса.

«Склонять къ примиренію» не то же самое, что «склонять къ признанію»! «Примиреніе» и «признаніе» суть два самостоятельныхъ института, совершенно отличныхъ другъ отъ друга по своей юридической природѣ!

Мировая сдѣлка прекращаетъ производящееся въ гражданскомъ судѣ разбирательство, а всякое признаніе всегда есть лишь часть процессуальнаго матеріала, служащаго основаніемъ судебнаго рѣшенія.

«Примиреніе» кроетъ въ себѣ всегда уступку. «Признаніе» по своему внутреннему содержанію есть показаніе и такъ мало совмѣстимо съ уступкою, что облеченное даже въ внѣшнюю форму отреченія выдыхается сразу въ простое нейтральное заявленіе.

Правда, ст. 335 Уст. Гражд. Суд. говоритъ, что судъ путемъ разспроса можетъ «требовать положительныхъ объясненій отъ стороны»—«признаетъ ли она или отвергаетъ»... Но и здѣсь, во-первыхъ, опять-таки разспросы должны вовсе не побуждать сторону сдѣлать признаніе, а только выяснить, имѣетъ ли дѣло судъ съ фактомъ признанія,—и, во-вторыхъ, разспросы суда имѣютъ цѣлью выяснить вовсе не волю тяжущагося, а его субъективное отношеніе (убѣжденіе) къ истинности фактовъ. Ни ст. 314, ни ст. 315 не говорятъ объ изъявленіи стороною ея «желанія» сдѣлать признаніе, или о выясненіи судомъ этого «желанія»! Также и ст. 480 Уст. Гражд. Суд. сущность признанія опредѣляетъ, какъ подтвержденіе «дѣйствительности такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника». О «волѣ», «желаніи», «произволѣ»—нѣтъ здѣсь ни звука! «Права» же противника (предметъ признанія!) существуютъ еще до суда и, если бы мы пожелали внести въ понятіе признанія моментъ правотворческой воли, т.-е. придать ему новирующую силу, то логично мы должны были бы придать эту силу вообще всѣмъ доказательствамъ. Вѣдь, судебныя рѣшенія слѣдуютъ «на основаніи приведенныхъ доказательствъ»! Но развѣ можно серьезно утверждать, что доказательство сдвигаетъ матеріальное основаніе иска?!

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ тому выводу, что всякаго рода заявленія, по своему обывательскому значенію, способныя покончить споръ, тяжбу, раздоръ, все же не являются судебнымъ признаніемъ въ техническомъ смыслѣ слова, только потому, что они проникаютъ въ процессъ съ вѣткой мира. Судебное признаніе имѣетъ свое специфическое дѣйствіе не ради «мира», а ради правды (и это еще — съ большими оговорками!). Поэтому,

Digitized by Google

заявленіе: «я желаю, чтобы это было такъ», не есть еще признаніе. Заявленіе: «я подтверждаю, что это такъ», есть признаніе. «Право разспроса» («Fragerecht», ст. 335 Уст. Гражд. Суд.) и служитъ тому, чтобы превратить первое въ послѣднее.

Мы не имѣемъ въ сенатской практикѣ кассаціонныхъ рѣшеній, изъ которыхъ мы могли бы заключить о взглядѣ Сената на значеніе указанныхъ формъ «признаній». Но мы полагаемъ, что, если представится случай, Сенатъ — такъ же какъ и мы — не придастъ значенія признанію искового требованія внѣ признанія правопроизводящихъ фактовъ. Въ К. Р. 1870/1398 Сенатъ именно высказалъ, что «судъ не въ правѣ присудить искъ, если истецъ не доказалъ основанія его (договоръ поклажи), хотя бы отвѣтчикъ и призналъ право истца, но на другомъ основаніи (на основаніи займа, — частично погашеннаго). «Мировой съѣздъ поставилъ отвѣтчика въ обязанность доказывать уплату по займу, тогда какъ истецъ поклажи не доказалъ, а о займѣ не искалъ и вовсе». Изъ этого К. Р. мы можемъ заключить, что и Сенатъ разногласіе въ правопроизводящихъ фактахъ, лежащихъ въ основѣ иска, разсматриваетъ, какъ моментъ, исключающій допустимость признанія иска. Вѣдь, право рождается не изъ самого себя, а изъ фактическихъ отношеній, и безъ связи съ послѣдними тотчасъ же умираетъ!

Если мы отрицаемъ силу признанія за такого рода заявленіями, кои облечены во внѣшнюю форму голословнаго желанія, то логично мы должны — и тѣмъ паче! — отвергнуть силу за такого рода заявленіями, которыя и по содержанію своему представляются не подтвержденіемъ «дѣйствительности», а условными (моментъ воли!) соглашеніями съ судомъ или съ противникомъ.

Во-первыхъ, сила признанія опредѣляется закономъ, а не волею тяжущагося; поэтому признающійся не можетъ обезсиливать сдѣланное признаніе соотвѣтственными оговорками. Напримѣръ, онъ заявляетъ: «я, правда, признаю опредѣленное утвержденіе, но выговариваю себѣ право опроверженія при извѣстныхъ условіяхъ».

Съ точки зрѣнія волевой теоріи, такого рода оговорки дѣйствительны и соотвѣтственно своему содержанію ограничиваютъ содержаніе признанія[1]).

Мы полагаемъ, что тѣ оговорки, коими тяжущійся желаетъ обезсилить законныя послѣдствія своего признанія, — «pro non dictis habentur». Мы не можемъ согласиться съ тѣми уче-

---

[1]) Такого мнѣнія Hölder, ук. соч., 408: «Этимъ я учиняю признаніе лишь на случай, что я его опровергну».

Digitized by Google

ными [1]), которые вмѣстѣ съ тѣмъ отвергаютъ и дѣйствительность той части заявленія, которая содержитъ въ себѣ и признаніе. Для этого нѣтъ рѣшительно никакихъ ни теоретическихъ, ни практическихъ основаній!

Для силы признанія дѣйствительности какого-либо обстоятельства, необходимо, чтобы это послѣднее служило «къ утвержденію правъ противника». Какіе правовые выводы угодно сдѣлать самому тяжущемуся изъ признанныхъ имъ фактовъ, это суда не касается, ибо таковые устанавливаются самимъ судомъ. Поэтому юридическое значеніе судебнаго признанія не можетъ быть обезсилено оговорками признавшагося [2]). Напр., отвѣтчикъ признаетъ, что его собака искусала истца, но отвергаетъ свою законную обязанность отвѣчать за это событіе.

Во-вторыхъ, признаніе дѣйствительности какого-либо событія, подъ условіемъ наступленія извѣстныхъ уступокъ со стороны противника, есть безсмыслица. Напр. я признаю, что моя собака искусала истца подъ условіемъ, если онъ признаетъ, что ее раздразнилъ.

Съ точки зрѣнія волевой теоріи (ср. Plank, I, 319) [3]), такого рода условныя признанія дѣйствительны. Но эта теорія явно ложна. Событіе было или не было. Но обусловливать прошлое событіе настоящимъ или будущимъ поведеніемъ на судѣ противника — безсмыслица! Иначе признаніе облекалось бы въ форму уступки, что, какъ мы видѣли выше, недопустимо. Мы должны здѣсь итти еще дальше и утверждать, что, въ видѣ общаго правила, нельзя даже раздробить такое показаніе и усматривать въ немъ всегда и безусловно признаніе. Такія «признанія» не всегда подтверждаютъ дѣйствительность фактовъ. Сторона скорѣе откла-

---

[1]) H. v. Bayer, Vorträge üben den d. g. o. Civilprozess. München. 1869. «Ist aber aus der Art und dem Zusammenhange der Erklärung ersichtlich, dass sich die Partei dadurch nicht binden wollte (z. B., in Folge einer ausdrücklich beigefügten Protestation), so ist die Erklärung überhaupt nicht als ein Geständniss zu betrachten».

[2]) У К. П. Змирлова, Уст. Гражд. Суд. 1913 г., къ ст. 112—114, п. 7, имѣется тезисъ: «Заявленіе факта, безъ признанія правового вывода, вытекающаго изъ этого факта, не есть признаніе въ смыслѣ ст. 112 (1871/1015)». Это невѣрно. Такого тезиса Сенатъ никогда не высказывалъ. Въ К. Р. 1871/1015 Сенатъ только нашелъ, что въ объясненіяхъ отвѣтчика «нѣтъ признанія дѣйствительности такого обстоятельства, которое служило къ утвержденію правъ истца».

[3]) Plank, Lehrbuch. I, 319: «Es kann auf das Prozessrecht, gerichtliche Prüfung zu verlangen, verzichtet werden für immer oder nur zur Zeit oder unter gewissen Voraussetzungen». Hölder, ук. соч., 408: «разъ онъ выполнитъ это условіе, наступилъ случай, для котораго я учинилъ свое признаніе. Если бы условное признаніе было невозможно, то противникъ учинилъ бы признаніе и безъ того, чтобы состоялось мое признаніе, которое онъ имѣлъ въ виду, какъ эквивалентъ».

Digitized by Google

дываетъ свое сужденіе о правдивости. Такое «признаніе» не можетъ сдѣлать что-либо опредѣленнымъ, оно само есть «можетъ быть» [1]).

Но оно не есть и положительное оспариваніе (ср. § 286 С. Р. О.), которое требуется закономъ (ср. ст. 335 Уст. Гражд. Суд.) [2]).

Это не значитъ, что категорическое признаніе, чтобы быть таковымъ, должно вытекать прямо изъ буквальнаго смысла показанія. Признаніе можетъ быть и выводимо путемъ заключенія и черезъ толкованіе показанія стороны [3]). Отвергнуть «признаніе» судъ можетъ только тогда, когда ясно, что цѣною «признанія» одного обстоятельства одна сторона желаетъ выторговать себѣ признаніе противникомъ другого обстоятельства. Признаніе такое — на радость представителямъ извѣстнаго научнаго направленія — будетъ не только по своему содержанію, но и по внѣшней формѣ юридической сдѣлкой! Но судъ менѣе всего призванъ служить такимъ цѣлямъ, которыя лучше могутъ быть удовлетворены внѣ суда! Если признаніе, вопреки объективнымъ даннымъ дѣла и убѣжденію тяжущагося, дѣлается условно, въ расчетѣ на полученіе встрѣчнаго признанія, быть можетъ такого же качества, т.-е. если оно кроетъ въ себѣ конвенціональную уступку, — оно не можетъ связать ни судъ, ни признавшагося!

Если же «условное» признаніе сдѣлано лишь съ тѣмъ расчетомъ, чтобы путемъ дачи признанія вынудить противника къ дачѣ выгодныхъ себѣ показаній, оно имѣетъ ту же силу, какъ и признаніе съ оговоркой о правовыхъ выводахъ (см. выше). Признаніе останется признаніемъ, а оговорки отпадутъ! Здѣсь общее между этими послѣдними видами признанія то, что въ однихъ признаніяхъ признающійся сохраняетъ за собою извѣстные выводы, а въ другихъ признаніяхъ — извѣстныя выгоды, связанныя съ его откровенностью.

Оба указанные типы условныхъ признаній — признаніе-уступка и признаніе — съ произвольной квалификаціей его, имѣютъ, такимъ образомъ, различныя юридическія послѣдствія [4]). Признанія-уступки не должны быть даже терпимы судомъ! Торгъ на судѣ допустимъ лишь, если онъ облекается въ форму мировой

[1]) O. Bülow, Das Geständnissrecht. 1899, стран. 260, доказываетъ, что къ условнымъ признаніямъ примѣнимы слова Папиніана: l. 77 D. 50. 17: «actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem... in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem».

[2]) K. Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgeschäft. Breslau. 1910, стран. 56.

[3]) Этой цѣли фиксаціи судебнаго признанія и служитъ требованіе протокола о признаніи.

[4]) Предлагаемое нами различеніе не совпадаетъ съ общераспространеннымъ различеніемъ между Willenserklärung и Wissenserklärung. См. работы: Trutter, Plank, v. Canstein, Schneider, Endemann, R. Schmidt и др.

Digitized by Google

сдѣлки: здѣсь судъ не рѣшаетъ дѣла и выступаетъ уже, въ силу закона, въ роли нотаріуса.

Наоборотъ, признанія, съ произвольнымъ выговариваніемъ себѣ матеріально-правовыхъ или процессуальныхъ выгодъ, суть настоящія признанія, ибо они суть не завѣдомо и изначала лживыя показанія, а признанія, сила коихъ не можетъ быть опорочена или ограничена волею ихъ автора.

Задача суда — путемъ разспроса (ст. 335 Уст. Гражд. Суд.). установить намѣренія тяжущагося, «выражающагося неясно или неопредѣленно».

IV. Обратимся теперь къ четвертой позиціи, которую можетъ занять тяжущійся. Онъ не оспариваетъ (обходя молчаніемъ или уклоняясь отъ объясненій) нѣкоторыя или всѣ утвержденія противника. Различіе между этимъ поведеніемъ тяжущагося и предшествующимъ (III) типомъ заявленій то, что въ послѣднемъ тяжущійся выражаетъ свою волю очень категорически, но правопорядокъ не считается съ этой волей въ полной мѣрѣ, а въ теперь разсматриваемомъ нами типѣ поведенія, наоборотъ, тяжущійся молчитъ, о его волѣ можно лишь предполагать, а правопорядокъ связываетъ съ молчаніемъ извѣстныя юридическія послѣдствія.

Почти безспорнымъ въ современной наукѣ процесса является то положеніе, что для сущности процесса вовсе не необходимо, чтобы исковое домогательство было оспорено, или чтобы изложеніе обстоятельствъ дѣла было двухсторонниимъ[1]). Необходимо лишь, во-первыхъ, чтобы со стороны истца послѣдовало изложеніе обстоятельствъ дѣла, которое можетъ быть подведено подъ норму объективнаго права, и во-вторыхъ, отвѣтчику должна быть дана возможность этотъ субстратъ рѣшенія исправить и дополнить [2]).

Состязаніе сторонъ есть гарантія объективно правильнаго рѣшенія; но это не есть необходимый реквизитъ гражданскаго процесса[3]). Вотъ почему, законодатель, требуя, чтобы отвѣтчикъ вступилъ въ процессъ (ст. 313 Уст. Гражд. Суд.) и далъ свои объясненія на судѣ (§ 138 D. C. P. O.: «hat,.. zu erklären», стт. 314,

---

[1]) Литературу вопроса см. у Fr. Klein, Die schuldhafte Parteihandlung. 43.

[2]) Degenkolb, Einlassungszwang, и Wach, Z. f. Civilpr. VI, оба требуютъ для сформированія процесса участія отвѣтчика и фингируютъ это исполненіе. Но содержаніе фикціи разное. У Degenkolb'a: молчаніе отвѣтчика= воля не спорить. У Wach'a — воля спорить. За «Einlassungspflicht» и A. Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagrechts (1880), 158 сл. Birkmeyer, Arch.-Prax. 66, 22.

[3]) Trutter, Proz. Rechtsgeschäfte, 468; Fr. Klein, Schuldh. Parteihandl., 46: «Der Grundsatz des gegenseitigen Gehörs will der Gerechtigkeit des Urteils dienen, — nicht der Ermöglichung der Entscheidung».

Digitized by Google

315, 330, 335 Уст. Гражд. Суд.), не преслѣдуетъ иной цѣли, какъ обезпеченіе матеріально-правильнаго судебнаго рѣшенія.

Требуя отъ стороны положительныхъ объясненій (ср. § 138 абз. 1, D. C. P. O.; § 178 австр. C. P. O.; § 266 венгерск. Уст. Гражд. Суд. 1911 г.; стт. 314, 315 Уст. Гражд. Суд. и пр.), законодатель можетъ или самъ обложить санкціей молчаніе стороны (ср. § 138 абз. 2. D. C. P. O.: «als zugestanden anzusehen»; ср. § 266 венгерск. Уст. Гражд. Суд.), или положительно предоставить санкцію усмотрѣнію судьи (ср. § 267 австр. C. P. O.: «hat das Gericht... zu beurtheilen»), или же обойти этотъ вопросъ полнымъ молчаніемъ (ср. Уст. Гражд. Суд.).

Въ германской юриспруденціи, на почвѣ толкованія строгой нормы § 138 абз. 2 D. C. P. O., получила распространеніе доктрина, что недача объясненій равносильна судебному признанію, въ техническомъ смыслѣ слова [1]).

Судья можетъ отвергнуть эту «фикцію» признанія только въ томъ случаѣ, если изъ другихъ объясненій стороны явствуетъ ея намѣреніе спорить (§ 138 C. P. O.).

Такимъ образомъ, «одностороннее утвержденіе благопріятнаго для утверждающаго факта въ процессуальномъ отношеніи стоитъ наравнѣ съ односторонним утвержденіемъ неблагопріятнаго для утверждающаго факта, — именно въ томъ отношеніи, что первымъ дѣломъ оба эти утвержденія непосредственно обосновываютъ для суда матеріалъ для рѣшенія и исключаютъ доказательство даннаго факта» (R. Schmidt, Lehrbuch, 491).

Это ученіе весьма логично въ своихъ заключеніяхъ, но оно въ основѣ своей ложно. Уже правовой инстинктъ говоритъ намъ, что молчаніе не можетъ быть поставлено на одну доску съ положительнымъ признаніемъ. Поэтому, заявленіе благопріятнаго для себя обстоятельства (+молчаніе противника) не можетъ быть по силѣ отождествлено съ заявленіемъ неблагопріятнаго для себя обстоятельства (+молчаніе противника). А общій принципъ гражданскаго процесса говоритъ, что судъ не вѣритъ утвержденіямъ безъ доказательствъ. Эта идея всегда будетъ жива въ теоріи гражданскаго процесса, и она непоколебима такимъ правиломъ, какъ § 138 D. C. P. O. (Объ этомъ см. ниже.)

---

[1]) W. Endemann, Der deutsche Civilprozess. Bd. I, Berlin. 1878, стран. 470 сл.; авторъ пускается въ разсужденія о видахъ молчаливаго признанія (диспозит., свидѣт.), откуда явствуетъ, что онъ придаетъ признанію въ § 129 (=§ 138) D. C. P. O., значеніе техническаго признанія. — Plank, Lehrbuch (1891), 53, говоритъ о фикціи признанія. R. Schmidt, Lehrbuch (1906), 491, говоритъ о «poena confessi».

Digitized by Google

Молчаніе на судѣ вовсе не равносильно съ настоящимъ признаніемъ. Qui tacet non fatetur [1]). И даже тѣ германскіе юристы, которые придаютъ молчанію (не оспариванію) силу судебнаго признанія, должны, въ противорѣчіе самимъ себѣ, признать, что неоспариваніе исключаетъ доказательство лишь «provisorisch», «bis auf weiteres» [2]). Это означаетъ, что въ любой моментъ неоспоренные факты могутъ быть сдѣланы предметомъ доказательства, черезъ простое послѣдующее оспариваніе ихъ. И тогда судья долженъ потребовать отъ противника доказательствъ, согласно общимъ началамъ о распредѣленіи доказательствъ.

Тотъ же R. Schmidt (ук. ст. 434) идетъ еще дальше и утверждаетъ, что положительное и молчаливое признанія не суть особыя формы выраженія одного и того же процессуальнаго явленія, «ихъ вообще нельзя свести къ единому правовому принципу» (они — «getrennte Rechtsgedanken»). «Неоспариваніе» есть бездѣятельность стороны, которая, въ силу принципа состязательности, парализуетъ и дѣятельность суда («das Gericht lahmlegt»). Положительное же признаніе есть дѣятельность стороны, имѣющая повышенную доказательную силу (gesteigerte Ueberzeugungskraft).

Но самъ R. Schmidt, стран. 494, утверждаетъ, что и «признаніе» и «неоспариваніе» покоятся, въ концѣ концовъ, на принципѣ личной отвѣтственности сторонъ (Parteiverantwortlichkeit). А, съ другой стороны, — спросимъ мы — развѣ нельзя сказать (да еще съ большимъ основаніемъ!) про признаніе то же, что авторъ говоритъ про неоспариваніе: оно — «парализуетъ (lahmlegt) судъ»! И почему придавать только неоспариванію значеніе «мѣры цѣлесообразности» (стран. 494)? Вѣдь, всѣ правила гражданскаго процесса покоятся, въ концѣ концовъ, на одной идеѣ — цѣлесообразности. И въ этомъ отношеніи, всѣ случаи и формы признанія, «освобождающія отъ дальнѣйшихъ доказательствъ», суть проявленія единой законодательной мысли: борьбы съ шиканой! Сторона въ процессѣ, вмѣсто разъясненія дѣла — молчитъ, когда bona fides требуетъ отъ нея дачи объясненія! Или даетъ положительное признаніе, которое затѣмъ беретъ обратно!... Снабжая, въ борьбѣ съ этими явленіями, юридическими послѣдствіями неоспариваніе и судебное признаніе и др. акты, кроющіе шикану (напр. стт. 444, 911 и др. Уст. Гражд. Суд.), законодатель, конечно, облагаетъ ихъ различной санкціей, въ зависимости отъ степени проявляемой злой воли

[1]) Dr. S. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, th. II, (1827), стран. 108: Положеніе — кто молчитъ, тотъ сознается: «Dieser Schluss, der aus Trägheit wohl selbst da gemacht wird, wo man nur prüfen und urteilen dürfte».

[2]) R. Schmidt, Lehrbuch, 493.

Digitized by Google

и размѣра причиняемаго зла. Въ этомъ отношеніи, «неоспариваніе» не можетъ быть отождествлено съ признаніемъ. Признаніе — безповоротно (ст. 481 Уст. Гражд. Суд.)! «Неоспариваніе» не имѣетъ этой силы. Такъ же, какъ и въ ст. 444 Уст. Гражд. Суд. послѣдующее представленіе требуемаго документа, или въ ст. 911 Уст. Гражд. Суд. послѣдующее представленіе разсчета или отчетности устраняетъ невыгодныя послѣдствія, связанныя съ уклоненіемъ отъ этой обязанности, — такъ и неоспариваніе можетъ быть обезврежено послѣдующимъ представленіемъ тѣхъ или иныхъ объясненій.

Въ этомъ смыслѣ мы должны понимать выраженіе: «то, что положительно не оспорено, то признано» (ср. § 138 абз. 2 D. C. P. O.).

Но, въ какой моментъ оно должно быть объявлено судомъ «признаннымъ»? Вѣдь, въ любой моментъ процесса сторона можетъ «развязать языкъ» и уничтожить силу такого «признанія»! Если бы указанный принципъ понимать буквально, — выходила бы игра въ чехарду, ибо весь процессъ представлялся бы смѣною «признаній» и «свободныхъ его опроверженій»! А это ужасно путало бы судоотправленіе, ибо, при такой постановкѣ дѣла, немыслимо было бы говорить о примѣненіи установившихся правилъ объ onus probandi!

Это заставляетъ насъ толковать указанный принципъ въ томъ смыслѣ, что въ моментъ постановленія рѣшенія, когда судомъ подводятся итоги состязанію, судъ можетъ считать доказанными факты неоспоренные.

Но, опять-таки, и здѣсь тотъ принципъ, что судъ «принимаетъ въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства» (ср. ст. 129 Уст. Гражд. Суд.) долженъ имѣть первенство!

Вѣдь, ни одно современное законодательство (даже германское!) не устанавливаетъ фикціи признанія, какъ poena confessi! Смыслъ того правила, что неоспоренное «почитается доказаннымъ» (§ 138 D. C. P. O.; § 267 австр. C. P. O.) или «не требуетъ дальнѣйшихъ доказательствъ» (§ 266 венгерск. Уст. Гражд. Суд.) лишь тотъ, что на сторону оказывается соотв. давленіе къ дачѣ объясненій, въинтересахъ облегченія процессуальнаго положенія ея противника, и вмѣстѣ съ тѣмъ дается разрѣшеніе суду поступить такъ, какъ онъ и безъ того склоненъ былъ бы поступить, согласно убѣжденію своей совѣсти; ибо, если одна сторона одни утвержденія оспариваетъ, а другія — обходитъ молчаніемъ невольно создается убѣжденіе, что это «неоспариваніе» обязано правдивости показаній противника!

Но если мы станемъ на эту точку зрѣнія, то мы должны логично преступить тѣ узкія границы, которыя указаны (при отсутствіи

Digitized by Google

«положительнаго спора») въ § 138 абз. 2 D. C. P. O. и § 266 венгерск. C. P. O., для презумпціи спора: «если изъ другихъ объясненій стороны явствуетъ ея намѣреніе спорить».

Мы лично полагаемъ, что даже для указ. зап.-европ. законодательствъ, а — тѣмъ паче — для права русскаго, — мы должны установить такое правило: невѣрность презумпціи «признанія» можетъ вытекать и изъ объективныхъ данныхъ дѣла. Лицо «не споритъ», — но во имя какихъ началъ мы должны наказывать ее постановленіемъ неправого рѣшенія, вопреки убѣжденію суда? Зачѣмъ намъ безусловно требовать отъ стороны положительнаго выраженія спора, разъ спорность соотвѣтствующаго факта явствуетъ изъ прочихъ обстоятельствъ дѣла, установленныхъ судомъ? Судъ можетъ не повѣрить утвержденію стороны, хотя бы и не было ясно выраженнаго намѣренія ея противника спорить!

И то что мы сейчасъ говоримъ о неоспариваніи въ формѣ умолчанія, примѣнимо вполнѣ и ко всѣмъ прочимъ выше указаннымъ формамъ неоспариванія. Ибо для всей области процесса дѣйствуетъ одинъ общій принципъ: судъ не вѣритъ безъ доказательствъ. Это — исходная идея для построенія всѣхъ институтовъ доказательнаго права въ гражданскомъ процессѣ.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію тѣхъ положеній, которыя выработаны русскою судебною практикою.

Сенатъ нашъ ясно различаетъ: уклоненіе отъ дачи объясненій и неоспариваніе отдѣльныхъ утвержденій противника.

Если «отвѣтчикъ не только не объяснялся по дѣлу, но и въ судебное засѣданіе не являлся» (1873/1048; 1877/96), то въ его поведеніи нельзя усмотрѣть признаніе иска. Въ заочномъ рѣшеніи (ст. 146 и 722 Уст. Гражд. Суд.) судъ присуждаетъ истцу требованія, имъ доказанныя (ср. еще 1877/296: невозраженіе истца, не явившагося въ апелляціонной инстанціи, на возраженіе отвѣтчика въ объясненіи на апелляціонную жалобу о пропускѣ давностнаго срока).

Наоборотъ, если «исковое требованіе оставлено явившимся къ суду и участвовавшимъ въ состязаніи отвѣтчикомъ безъ всякаго возраженія», — «такое молчаніе равносильно признанію» (1869/1340; 1872/637; 1877/96). «Заявленіе стороны, не оспоренное противникомъ, за силою ст. 112 Уст. Гражд. Суд., не требуетъ дальнѣйшихъ доказательствъ» (1884/39).

И это положеніе Сенатъ выводитъ изъ юридической обязанности тяжущагося «положительно объяснить, признаетъ ли онъ его, или отвергаетъ» (1884/39; 1879/233; 1878/156).

Обращаетъ на себя вниманіе то, что Сенатъ не объявляетъ «poena confessi», какъ необходимое законное послѣдствіе молчанія отвѣт-

Digitized by Google

чика. Да такой санкціи Уст. Гражд. Суд. нигдѣ и не устанавливаетъ, даже въ случаѣ разспроса суда (ст. 335) и вызова къ личному показанію тяжущагося (145[1], 719, 719[1], 1633, ст. 7 прил. ст. 1805).

Если отвѣтчикъ «находился при слушаніи дѣла въ залѣ засѣданія, но объясненій, по требованію суда, не представилъ», то единственное послѣдствіе такого поведенія будетъ не «poena confessi», а — объявленіе рѣшенія не заочнымъ (ст. 149[1], 721[1], Уст. Гражд. Суд.).

Въ виду этого нельзя не одобрить ученіе Сената, который не связываетъ судью никакими императивами: въ соотвѣтствующихъ случаяхъ «судъ можетъ счесть эти обстоятельства неоспоренными и потому не требующими доказательствъ» (1884/39). Придавая такому «признанію» узко доказательное значеніе, Сенатъ вполнѣ послѣдовательно учитъ, что «заключеніе суда о безспорности приведеннаго обстоятельства, какъ относящееся къ фактической сторонѣ дѣла, за силой ст. 5 Учр. Суд. Уст., не подлежитъ повѣркѣ Правительствующаго Сената въ порядкѣ кассаціи» (1884/39).

Но что ни въ какомъ случаѣ нельзя одобрить, это ссылку Сената на ст. 112 Уст. Гражд. Суд.! При чемъ тутъ ст. 112!? Ст. 112. 479 предусматриваютъ положительное признаніе, имѣющее особый специфическій эффектъ, указанный въ ст. 481: неопровержимость. Этого эффекта отнюдь не имѣетъ неоспариваніе заявленій противника, имѣющее просто доказательное значеніе. Эти легкомысленныя ссылки на стт. 112 и 479, стушевываютъ различіе между доказательнымъ неоспариваніемъ (ст. 129) и связующимъ признаніемъ,— что, очевидно, недопустимо ни съ теоретической, ни съ практической точки зрѣнія.

V. На основаніи предшествующаго изложенія мы приходимъ къ выводу, что судебное признаніе, въ техническомъ смыслѣ этого слова, должно быть дано ясно и опредѣленно. Такое требованіе, опираясь на римское право[1]), выставляла литература «Gemeines Recht» [2]), на этой же почвѣ стоитъ и господствующая литература [3]).

Это не означаетъ, что признаніе не можетъ быть выводимо изъ показаній тяжущагося (см. объ этомъ выше). Это означаетъ

---

[1]) L. 142 D. 50. 17; L. 11 § 7 D. de interr. in jure fac.: «Nihil interest neget quis an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem». L. 6 pr. D. de confes.: «Certum confessus, pro judicato erit: incertum, non erit».

[2]) Bayer, Vorträge, 104; Gesterding, Ausbeute, 93.

[3]) Ср. Hellwig, Prozesshandlung., 56; O. Bülow, Das Geständnissrecht, 260.

Digitized by Google

лишь, что силу признанія нельзя придавать такому поведенію тяжущагося, въ которомъ мы могли бы усмотрѣть лишь неоспариваніе (временное!) утвержденій противника!

Мы полагаемъ, что не имѣетъ значенія для силы признанія и то, дано ли оно по собственному почину, или въ отвѣтъ на разспросы суда или тяжущагося.

Задача разспроса (Fragerecht) суда въ томъ и состоитъ, чтобы, во-первыхъ, устранить неясность въ показаніяхъ стороны, во-вторыхъ вызвать противника на объясненія по поводу утвержденій противника.

Такова — узкая задача права разспроса по русскому праву [1]). Согласно ст. 335 Уст. Гражд. Суд., судъ можетъ «требовать положительныхъ объясненій отъ стороны, выражающейся неясно или неопредѣленно или же когда изъ словъ ея не видно: признаетъ ли она или отвергаетъ обстоятельства или документы, на коихъ основаны требованіе или возраженіе противной стороны» [2]). Хотя буквальный текстъ ст. 335 будто и говоритъ, что для послѣдняго содержанія разспроса надо наличность тѣхъ или иныхъ ея объясненій («когда изъ словъ ея не видно»), но, конечно, идея этой статьи шире: судъ можетъ пригласить и молчащую сторону высказаться по поводу утвержденій ея противника.

Съ точки зрѣнія ст. 335 Уст. Гражд. Суд. право разспроса суда по поводу неясныхъ показаній и разспроса по поводу утвержденій противника не обложено никакой санкціей [3]). Ни въ томъ ни въ другомъ случаѣ оставленіе безъ отвѣта вопросовъ суда само по себѣ не влечетъ за собою положительныхъ неблагопріятныхъ правовыхъ послѣдствій [4]). Наоборотъ, если суду удастся изъ молчанія или уклончивыхъ отвѣтовъ получить положительное признаніе, таковое будетъ имѣть полную силу признанія, въ смыслѣ стт. 112, 479 Уст. Гражд. Суд.

---

[1]) Изъ рамокъ настоящаго изслѣдованія выходитъ разсмотрѣніе объема «Fragerecht» въ западно-европейскихъ законодательствахъ.

[2]) См. еще интересную норму ст. 199 Уст. Тор. Суд. т. XI, ч. 2: «При отобраніи объясненій отъ людей безграмотныхъ или неопытныхъ въ судныхъ дѣлахъ, судъ обязанъ наблюдать, чтобы они, по простотѣ, недоразумѣнію или по невѣдѣнію о законныхъ послѣдствіяхъ судебнаго признанія, не вводили въ дѣло такихъ показаній, въ истинѣ коихъ они не увѣрены; также, чтобы въ ихъ объясненіяхъ, по неправильности выраженій, не вкрались такія ошибки и двусмысленности, которыя впослѣдствіи, противъ намѣренія ихъ, могли бы обратиться противъ ихъ самихъ».

[3]) Въ этомъ отношеніи, русское право отличается отъ D. C. P. O. Wach, Vorträge 75: «Die Partei hat die Antwortspflicht gegenüber den gegnerischen Behauptungen (§ 138 C. P. O.) nicht gegenüber den richterlichen Fragen».

[4]) Вопросъ о юридическомъ значеніи неоспариванія былъ изслѣдованъ выше.

Digitized by Google

Сенатъ, къ сожалѣнію, не всегда сознаетъ необходимость требованія категоричности, какъ необходимаго признака признанія. Мы указывали выше на многія кассаціонныя рѣшенія, въ коихъ очевидно смѣшеніе Сенатомъ понятій неоспариванія и признанія. Въ связи съ этимъ и стоитъ неумѣстная ссылка для обоснованія силы признанія на ст. 129 Уст. Гражд. Суд., а для обоснованія силы неоспариванія — на стт. 112, 479 Уст. Гражд. Суд.

Такого рода выраженія, коимъ нельзя не сдѣлать упрека въ неосторожности, способны имѣть на практикѣ самыя пагубныя послѣдствія. Суды, пожелавшіе взять въ серьезъ эти кассаціонныя «разъясненія», придали бы простому неоспариванію (молчанію) неопровержимую силу, коей снабжено признаніе; а признанію придали бы силу простого доказательства!

Вотъ почему, мы должны объявить единственно правильными тѣ кассаціонныя рѣшенія, въ коихъ, во-первыхъ, Сенатъ запрещаетъ истолковывать въ смыслѣ признанія такія показанія тяжущагося, въ коихъ, благодаря уклончивости, нѣтъ утвержденія правъ противника. «Признаніемъ, въ смыслѣ стт. 112 и 480 Уст. Гражд. Суд., должно быть почитаемо только такое заявленіе тяжущагося, коимъ положительно утверждается обстоятельство или правовое отношеніе, приводимое противною стороною въ свою пользу» (1871/1164: заявленіе: «имѣлъ намѣреніе снять отаву», не есть признаніе; признаніе=«онъ снялъ отаву») (ср. К. Р. 1870/1011, 1136; 1886/51; 1912/49).

Во-вторыхъ, правильны тѣ рѣшенія, въ коихъ Сенатъ признакомъ признанія, въ смыслѣ стт. 479 и 480 Уст. Гражд. Суд., выставляетъ совпаденіе положительныхъ заявленій сторонъ, касательно извѣстныхъ фактовъ. «Это означаетъ, что обѣ стороны имѣютъ одинаковое понятіе объ извѣстномъ обстоятельствѣ, которое въ такомъ случаѣ представляется безспорнымъ» (1878/112).

Такого рода положенія несовмѣстимы съ указанной практикой того же Сената, въ которой замѣтно смѣшеніе понятій неоспариванія и признанія. Надо надѣяться, что, просвѣщенный отзывомъ научной доктрины, Сенатъ воспримете тѣ положенія, которыя мы защищаемъ, какъ единственно правильныя и съ теоретической точки зрѣнія, и съ точки зрѣнія здраваго толкованія русскихъ законовъ.

Т. М. Яблочковъ.

Digitized by Google

Взысканія съ крестьянъ и крестьянскихъ обществъ по судебнымъ рѣшеніямъ.

(Къ вопросу объ источникахъ «крестьянскаго права»)[1].

I. Настоящая статья посвящена выясненію тѣхъ процессуальныхъ изъятій изъ общаго, регулируемаго Уставомъ гражд. суд. порядка исполненія судебныхъ рѣшеній, которыя установлены Общимъ положеніемъ о крестьянахъ (изд. 1902 г. по продолж. 1910 г.) при производствѣ частныхъ взысканій съ отдѣльныхъ крестьянъ и цѣлыхъ крестьянскихъ обществъ. Для историческаго освѣщенія даннаго вопроса существенно важнымъ является законодательство императора Николая I.

Разнообразныя группы лично свободнаго сельскаго населенія были объединены Петромъ Великимъ взиманіемъ съ нихъ, кромѣ обязательной для всего податного сословія подушной подати, еще оброчной подати. Это свободное сельское населеніе, получившее впослѣдствіи наименованіе государственныхъ крестьянъ, въ 1838 г. насчитывало до $9^1/_4$ мил. человѣкъ. Первыя серьезныя мѣры къ улучшенію тяжелаго и весьма неопредѣленнаго положенія государственныхъ крестьянъ были приняты благодаря энергичной дѣятельности графа Киселева. По его почину попеченіе о нуждахъ государственныхъ крестьянъ было передано въ исключительное вѣдѣніе министерства государственныхъ имуществъ, первымъ министромъ котораго въ теченіе двухъ десятилѣтій былъ самъ гр. Киселевъ. За это время имъ были проведены судебная и административная реформы, и въ частности были учреждены для государственныхъ крестьянъ выборные суды двухъ инстанцій: Сельскія и Волостныя Расправы, а имъ въ руководство былъ данъ вновь составленный Сельскій Судебный Уставъ 23 марта 1839 года.

Графъ Киселевъ, весьма благожелательно относившійся къ нуждамъ крестьянъ и еще въ началѣ царствованія Николая I стоявшій

---

[1] Докладъ, читанный въ семинаріи по крестьянскому праву. А. Э. Вормса, при Университетѣ имени Шанявскаго.

Digitized by Google

за освобожденіе крѣпостныхъ крестьянъ, настойчиво проводилъ мысль, что въ правильно понимаемыхъ государственныхъ интересахъ необходимо возможно болѣе послѣдовательное поддержаніе экономическаго благосостоянія сельскихъ обывателей. Извѣстно его выраженіе: «Каждый сверхъ мѣры исторгнутый отъ плательщиковъ рубль удаляетъ на годъ развитіе экономическихъ силъ государства».

Въ соотвѣтствіи съ этими взглядами, въ Сельскій Судебный Уставъ былъ внесенъ рядъ весьма льготныхъ, по мнѣнію графа Киселева, изъятій при обращеніи частныхъ взысканій на государственныхъ крестьянъ.

Этимъ изъятіямъ была посвящена глава IV, состоявшая изъ 28 статей (отъ 62 до 89 включительно) «О порядкѣ и способѣ исполненія приговоровъ Сельской и Волостной Расправы и рѣшеній Судебныхъ мѣстъ». Въ кодификаціонномъ порядкѣ Сельскій Судебный Уставъ 23 марта 1839 г. былъ включенъ въ «Уставъ о благоустройствѣ въ казенныхъ земляхъ» и отчасти въ старый процессуальный кодексъ — т. X ч. 2, изд. 1842 г. Интересующія насъ стт. 28—89 Сельскаго Судебнаго Устава 23 марта 1839 г. составили по изданію 1857 г. стт. 380—407 Уст. о благ.[1]) въ казен. земл. и стт. 935—960, 963, 964 Законовъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ — т. X ч. 2 (изд. 1857 г.).

Содержаніе стт. 380—407 Уст. о благ. въ существенныхъ чертахъ сводилось къ слѣдующему:

1) Устанавливалась строгая постепенность въ исполненіи рѣшеній:

a) ранѣе всего взысканіе обращалось на доходъ[2]) съ недвижимаго имущества, принадлежащаго въ полную собственность крестьянину (ст. 388 Уст. о благ.);

b) въ случаѣ неимѣнія надлежащаго въ неограниченную собственность принадлежащаго недвижимаго имущества, взысканіе обращалось на ту часть движимости, продажа которой не разстраиваетъ крестьянскаго хозяйства (стт. 389, 390, 391 Уст. о благ.) и промышленныхъ занятій;

c) въ случаѣ невозможности погасить долгъ перечисленными первыми двумя способами, позволялось, съ разрѣшенія Волостного Правленія, обращать взысканіе на недвижимое имущество, въ полную собственность принадлежащее крестьянину (ст. 398 Уст. о благ.);

d) въ видѣ послѣдней мѣры, при отсутствіи у должника какого-либо имущества, разрѣшалось отдавать его на общественныя или частныя работы (стт. 400—404 Уст. о благ.).

---

[1]) По изд. 1842 стт. 333—360 Уст. о благ. въ казен. земл.

[2]) Разрядка въ настоящей статьѣ всюду наша.

Digitized by Google

2) Ст. 394 устанавливала максимальный мѣсячный срокъ для продажи описаннаго движимаго имущества.

3) Статьи 389, 390, 391 Уст. о благ. довольно подробно перечисляли предметы, на которые разрѣшалось обращать взысканіе, лишь при опредѣленныхъ условіяхъ.

4) Ст. 399 устанавливала весьма важное положеніе о правѣ собственности государства на земли казенныхъ крестьянъ и въ связи съ этимъ перечисляла объекты, безусловно освобожденные отъ обращенія на нихъ частныхъ взысканій.

Стт. 380—407 Уст. о благ. регулировали порядокъ частныхъ взысканій по судебнымъ рѣшеніямъ съ отдѣльныхъ государственныхъ крестьянъ; порядокъ же взысканій съ обществъ государственныхъ крестьянъ нормировался ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г. болѣе стараго происхожденія; источниками ея являются: Высочайше утвержденный докладъ сената о взысканіи съ экономическихъ крестьянъ отъ 31 октября 1768 г. и Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта «о сборѣ взысканія съ крестьянъ казеннаго вѣдомства 20 ноября 1825 г.». Ст. 2259 гласила: «Взысканія, присужденныя съ обществъ казенныхъ крестьянъ за держаніе бѣглыхъ, за самовольное владѣніе чужими землями и тому подобныя, такъ, какъ иски, возникшіе отъ неисполненія сими обществами частныхъ обязательствъ и договоровъ, взыскиваются не изъ принадлежащихъ обществу недвижимыхъ земель, а взиманіемъ при сборѣ податей особаго сбора съ каждой мужского пола души. Сей особый сборъ не долженъ превосходить мѣру, какая единожды навсегда имѣетъ быть назначена для таковыхъ взысканій».

Согласно ст. 1255 т. II изд. 1857 г. Общ. учр. губерн. размѣръ этого сбора устанавливался Палатами государственныхъ имуществъ[1]).

На крѣпостныхъ крестьянъ, лишенныхъ процессуальной дѣеспособности (стт. 1119—1126 т. IX изд. 1857 г.), ни Сельскій Судебный Уставъ 23 марта 1839 г., ни ст. 2259 т. X ч. 2, конечно, не распространялись[2]).

II. Прошло 20 лѣтъ, и на очереди сталъ вопросъ объ уничтоженіи крѣпостной зависимости. Въ связи съ предстоявшимъ тогда надѣленіемъ освобождаемыхъ крестьянъ процессуальной дѣеспособностью, сталъ обсуждаться вопросъ о наиболѣе цѣлесообразномъ

---

[1]) Пунктъ «в» ст. 1255, т. II, изд. 1857 г., относилъ къ вѣдѣнію Палатъ государственныхъ имуществъ «распоряженія о внесеніи въ окладные листы добавочныхъ сборовъ и объ исключеніи подлежащихъ отмѣнѣ».

[2]) Ст. 1119, т. IX, изд. 1857 г. постановляла: «за крѣпостныхъ людей во всѣхъ гражданскихъ дѣлахъ право искать и отвѣчать предоставляется самимъ помѣщикамъ, но, съ дозволенія сихъ послѣднихъ, крѣпостные люди могутъ быть на судѣ и сами за себя».

Digitized by Google

порядкѣ производства частныхъ взысканій съ нихъ. Имѣлся уже примѣръ и опытъ двадцатилѣтняго примѣненія стт. 380—407 Уст. о благ. при исполненіи судебныхъ рѣшеній по взысканіямъ съ государственныхъ крестьянъ; и этотъ опытъ и общій характеръ осуществляемой Великой Реформы властно требов ли уничтоженія всякихъ узъ и изъятій, ясно указывали на необходимость распространенія на вновь освобождаемыхъ крестьянъ общихъ процессуальныхъ нормъ.

То, что въ глухую пору Николаевскаго царствованія являлось продуктомъ, можетъ быть, не вполнѣ продуманнаго, но во всякомъ случаѣ заботливаго попеченія гр. Киселева о нуждахъ государственныхъ крестьянъ, то въ совершенно иныхъ условіяхъ для вновь призываемыхъ къ свободной творческой дѣятельности людей, могло явиться вреднымъ стѣсненіемъ и незаслуженнымъ ограниченіемъ.

Это прекрасно сознавали творцы Положеній 19 февраля 1861 г. и въ редакціонныхъ матеріалахъ по ихъ составленію находится, по нашему мнѣнію, рядъ цѣнныхъ и правильныхъ по этому вопросу указаній.

Такъ, въ нихъ мы встрѣчаемъ признаніе того положенія, что [1]), «когда мѣры гражданскихъ взысканій недостаточны, тогда частныя гражданскія сдѣлки или вовсе не совершаются или совершаются на обременительныхъ для заемщиковъ условіяхъ [2]); для обезпеченія же крестьянамъ возможности пользоваться предоставленнымъ имъ правомъ вступать въ договоры и обязательства, надлежало бы распространить на нихъ общія гражданскія понудительныя мѣры, обезпечивающія исправное исполненіе обязательствъ. Далѣе мы находимъ категорическое указаніе того [3]), что «развитіе общественнаго кредита стоитъ въ прямой и непосредственной зависимости отъ успѣшности мѣръ гражданскихъ взысканій».

Такимъ образомъ, разсматриваемый вопросъ получилъ правильную и ясную постановку, исключавшую, казалось, всякую возможность какихъ-либо колебаній въ его разрѣшеніи; но губернскіе комитеты, защищавшіе интересы помѣстнаго дворянства, придерживались совершенно иныхъ по этому вопросу воззрѣній. Предлагая суровыя и тщательно разработанныя правила для взысканія причитавшихся помѣщикамъ выкупныхъ платежей, они, въ цѣляхъ установленія для себя privilegium exigendi, требовали введенія ряда

---

[1]) Т. II. Первое изд. мат. Редак. Ком. докл. юрид. отд. № 7.
[2]) Т. IV. Перв. изд. матер. Редакц. Ком. дополнит. докладъ къ № 7.
[3]) Т. XII. Перв. изд. матер. Редакц. Ком. Докладъ по отзывамъ членовъ Губернскихъ Комитетовъ, стран. 50.

Digitized by Google

изъятій при взысканіи иныхъ частныхъ долговъ съ освобождаемыхъ крестьянъ.

Домогательства большинства губернскихъ комитетовъ объяснялись, по нашему мнѣнію, не заботами о благѣ крестьянъ, а имѣли цѣлью возможно полное обезпеченіе своихъ матеріальныхъ интересовъ, что иногда совершенно не скрывалось и прямо высказывалось.

Такъ [1]), Псковскій губернскій комитетъ, ходатайствовавшій объ установленіи наибольшихъ изъятій при взысканіи съ крестьянъ частныхъ долговъ, откровенно аргументируетъ свое ходатайство опасеніемъ, «дабы не нарушить повинностей крестьянъ къ помѣщикамъ». Нѣкоторые члены губернскихъ комитетовъ [2]) (Рязанскаго — Кошелевъ; Московскаго — Волковъ; Тамбовскаго — Петрово-Соловово) заходили такъ далеко въ своихъ заботахъ о наибольшемъ обезпеченіи правильнаго взиманія выкупныхъ платежей, что требовали установленія полнаго запрещенія для крестьянъ вступать въ какіе бы то ни было договоры безъ предварительнаго согласія на то сельскаго общества.

Требованія губернскихъ комитетовъ по разсматриваемому вопросу стали постепенно овладѣвать умами членовъ редакціонныхъ коммиссій [3]), и докладъ Юридическаго отдѣленія по отзывамъ членовъ губернскихъ комитетовъ, цѣликомъ раздѣляя воззрѣнія послѣднихъ, уже высказываетъ опасеніе, что распространеніе на освобождаемыхъ крестьянъ общепроцессуальныхъ нормъ можетъ «разстроить бытъ крестьянъ и сдѣлать ихъ неисправными въ отправленіи лежащихъ на нихъ повинностей въ пользу казны и помѣщиковъ; что «могутъ пострадать интересы самихъ помѣщиковъ вслѣдствіе несостоятельности крестьянъ въ исполненіи лежащихъ на нихъ повинностей».

Надъ всѣмъ преимущественно господствовала одна забота — объ обезпеченіи интересовъ помѣстнаго дворянства и отчасти фиска; превалировала одна боязнь — о возможной несостоятельности крестьянина главнымъ образомъ при взысканіи съ него выкупныхъ платежей, а затѣмъ уже — налоговъ.

Такъ, Юридическое отдѣленіе редакціонныхъ комиссій вполнѣ открыто объясняло нежелательность взысканія частныхъ долговъ съ крестьянъ по общепроцессуальнымъ нормамъ опасеніемъ [4]), «чтобы крестьяне чрезъ то сдѣлались бы неисправными въ ис-

---

[1]) Т. II. Перв. изд. ред. матер. докл. юрид. отд. № 7, стран. 2.

[2]) Т. XII. Перв. изд. матер. Ред. Ком. Доклады по отзывамъ членовъ Губернскихъ Комитетовъ юрид. отд. №№ 1—11, стран. 38.

[3]) Ibidem, стран. 50.

[4]) Т. IV. Перв. изд. мат. Редакц. Ком. дополнит. докл. юрид. отд. къ № 7, стран. 17.

Digitized by Google

полненіи лежащихъ на нихъ казенныхъ, помѣщичьихъ и мірскихъ повинностей».

Конечно, экономическіе интересы дворянства и заинтересованность фиска легко одержали верхъ, и разсматриваемый вопросъ въ Общемъ присутствіи редакціонныхъ комиссій[1]) безъ всякихъ возраженій былъ рѣшенъ въ смыслѣ, обратномъ тому, который, по мнѣнію самихъ же творцовъ Положеній 19 февраля 1861 г. предуказывался справедливыми и правильно понимаемыми интересами освобождаемыхъ крестьянъ.

Примѣчаніе 3 къ ст. 24 Общ. пол. 19 февраля 1861 г. не только распространяло на освобождаемыхъ крестьянъ стт. 384—407 Уст. о благ. т. XII ч. 2 изд. 1857 г., т.-е. тѣ процессуальныя изъятія, которыя до того дѣйствовали въ отношеніи однихъ только государственныхъ крестьянъ, но устанавливало еще новое и при томъ весьма тяжкое ограниченіе: стт. 384—407 Уст. о благ. каз. сел. устанавливали изъятія лишь при обращеніи на крестьянъ частныхъ взысканій, а вторая часть упомянутаго уже примѣчанія 3 къ ст. 24 Общ. пол. 1861 г. въ этомъ изъятіи устанавливала новое изъятіе; въ интересахъ возможно неукоснительнаго взысканія выкупныхъ платежей и налоговъ, она установила изъятіе и въ распредѣленіи уже взысканныхъ суммъ. Она требовала, чтобы «при продажѣ имущества крестьянъ на удовлетвореніе взысканія изъ вырученныхъ денегъ прежде всего и сполна удовлетворялись недоимки по казеннымъ и помѣщичьимъ повинностямъ, а также по мірскимъ сборамъ, и затѣмъ уже прочія взысканія по соразмѣрности исковъ».

На ряду съ этимъ сурово и тщательно былъ регулированъ порядокъ взысканія выкупныхъ платежей въ пользу помѣщиковъ[2]); этотъ порядокъ нашелъ себѣ справедливую оцѣнку со стороны членовъ Полтавскаго губернскаго комитета, полагавшихъ, что «мѣры взысканія за неисправность до того тяжелы, что и при крѣпостномъ правѣ могли бы подвергнуть отвѣтственности за злоупотребленіе власти, если бы кто-нибудь дозволилъ себѣ употреблять подобныя мѣры».

Изложенное позволяетъ намъ признать, что, если созданіе въ 1839 г. особыхъ процессуальныхъ изъятій для государственныхъ крестьянъ графомъ Киселевымъ носило легкіе слѣды идей государственнаго соціализма, то распространеніе ихъ чрезъ 20 лѣтъ и при томъ въ чрезвычайно усиленной формѣ на освобождаемыхъ крестьянъ великимъ актомъ 19 февр. 1861 г. явилось преимущественно продуктомъ защиты интересовъ помѣстнаго дворянства.

[1]) Освобожденіе крестьянъ Н. П. Семенова, т. III, ч. 2-я, стран. 283—284.
[2]) Перв. изд. мат. Редакц. Ком. Т. XIII, стран. 319.

Digitized by Google

Къ числу процессуальныхъ изъятій, установленныхъ Положеніями 19 февр. 1861 г., должно отнести, наконецъ, еще ст. 126 Положенія о выкупѣ.

Не останавливаясь на разборѣ этой статьи, воспроизводившей, по нашему мнѣнію, въ общей формѣ постановленія стт. 389, 391 и 399 Уст. о благ., должно указать, что она правильно истолковывалась сенатомъ въ смыслѣ запрещенія обращать взысканія на надѣльную землю и ея необходимыя принадлежности до погашенія выкупныхъ платежей; послѣ же погашенія выкупной ссуды обращеніе частныхъ взысканій на надѣльную землю допускалось сенатомъ.

Что же касается ст. 2259 т. X. ч. 2, устанавливавшей особый порядокъ частныхъ взысканій съ обществъ государственныхъ крестьянъ, то на общества освобождаемыхъ крестьянъ она не была распространена.

Слѣдовательно, непосредственно послѣ введенія въ дѣйствіе Положеній 19 февр. 1861 г. по интересующему насъ вопросу дѣйствовали слѣдующія процессуальныя изъятія:

1) Для обществъ государственныхъ крестьянъ — ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г.;

2) для отдѣльныхъ государственныхъ крестьянъ — стт. 380—407 Уст. о благ. въ каз. сел. изд. 1857 года;

3) для отдѣльныхъ бывшихъ крѣпостныхъ крестьянъ [1]) стт. 384—407 Уст. о благ. въ каз. сел. изд. 1857 г. и 2 часть примѣчанія 3 къ стр. 24 Общ. пол. 1861 г., о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости.

Для обществъ крестьянъ, бывшихъ крѣпостныхъ, никакихъ процессуальныхъ изъятій не было установлено, кромѣ содержавшагося въ ст. 399 Уст. о благ. запрещенія обращать частныя взысканія «на земли и угодья, принадлежащія по покупкѣ цѣлому сельскому обществу». Вопросъ о взысканіи съ надѣльныхъ земель будетъ разсмотрѣнъ ниже.

III. Введеніе Судебныхъ Уставовъ 1864 г. и, въ частности, Устава гражд. суд. внесло весьма существенныя измѣненія въ только что приведенныя процессуальныя изъятія, насколько, конечно, рѣчь идетъ объ исполненіи рѣшеній общихъ судовъ [2]), ибо сельскихъ судебныхъ учрежденій Уставъ гражд. суд. вовсе не коснулся. По

---

[1]) На бывшихъ крѣпостныхъ крестьянъ, для которыхъ стт. 93—110 Общ. Полож. 19 февр. 1861 г. былъ введенъ Волостной судъ, не были и не могли быть распространены стт. 380—384 Уст. о благ., устанавливавшія подсудность дѣлъ Сельскимъ и Волостнымъ Расправамъ.

[2]) Подъ общими судами въ этой статьѣ я разумѣю всѣ упоминаемые въ ней суды, кромѣ крестьянскихъ.

Digitized by Google

общему мнѣнію и по авторитетному признанію соединенныхъ департаментовъ Гос. Совѣта, важнѣйшимъ недостаткомъ дореформеннаго т. X. ч. 2 Законовъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ являлись крайняя пестрота и многообразіе процессуальныхъ нормъ [1]).

Кромѣ общаго порядка гражданскаго судопроизводства, существовало 63 особыхъ порядка. Увлеченные естественной реакціей противъ этого процессуальнаго хаоса, составители Устава гражд. суд. приложили всѣ старанія къ установленію, по возможности, единаго процессуальнаго порядка, къ уничтоженію безчисленныхъ процессуальныхъ изъятій, загромождавшихъ прежній кодексъ.

Унификаціонно-нивеллирующія тенденціи составителей Устава гражд. суд. были такъ велики, ихъ отрицательное отношеніе ко всякаго рода процессуальнымъ изъятіямъ было такъ сильно, что они не допустили введенія въ новый процессуальный кодексъ даже необходимыхъ, требованіями жизни безусловно оправдываемыхъ изъятій для органовъ мѣстнаго самоуправленія.

Когда данный вопросъ дебатировался въ комиссіи [2]), только три члена — Вицынъ, Гедда, Квистъ — высказались за распространеніе на органы земскаго, городского и сельскаго самоуправленія порядка, установленнаго для дѣлъ казеннаго управленія, но большинство членовъ, отождествляя органы самоуправленія съ частными обществами, отвергло предложенное меньшинствомъ мнѣніе, и статья 26 проекта къ VI кн. Уст. гражд. суд. была редактирована комиссіей слѣдующимъ образомъ:

«Иски, касающіеся городскихъ и сельскихъ обществъ, производятся по общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства, установленнаго для частныхъ лицъ, но судъ приступаетъ къ ихъ разрѣшенію не иначе, какъ по выслушаніи заключенія прокурора». Когда же Гос. Совѣтъ приступилъ къ разсмотрѣнію составленнаго комиссіей проекта къ ст. 26, онъ рѣшилъ всю ея первую часть, гласившую о подчиненіи органовъ самоуправленія общепроцессуальнымъ нормамъ, исключить, какъ совершенно лишнюю и безъ всякихъ спеціальныхъ указаній вытекающую изъ новаго процессуальнаго кодекса: по мнѣнію Гос. Совѣта, черезъ весь Уставъ гражд. суд. ярко и ясно проведена была мысль объ установленіи единаго процессуальнаго порядка, о безусловномъ недопущеніи всякихъ процессуальныхъ изъятій, кромѣ тѣхъ, которыя въ немъ самомъ

[1]) Судебные Уставы 1864 г. съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны. Изд. Госуд. Канцел. 1866 г., ч. I, стран. VIII, стран. 655.

[2]) См. Объяснит. записки къ ст. 26 кн. VI Проекта Уст. Гражд. суд. и сочиненіе проф. Лаваревскаго, «Отвѣтств. за убытки, причин. должн. лицами». Изд. 1905 г., стран. 653—654.

Digitized by Google

были исчерпывающимъ образомъ перечислены. Согласно мнѣнію Гос. Совѣта, силу закона получила лишь послѣдняя часть проектированной статьи, составившая п. 2 ст. 343 Уст. гражд. судопр.

A priori, конечно, можно было ожидать, что составители Уст. гр. суд., въ увлеченіи своей унификаціонной дѣятельностью не допускавшіе введенія даже безусловно необходимыхъ процессуальныхъ изъятій, несомнѣнно уничтожатъ вредныя процессуальныя ограниченія для крестьянъ, первоначально осужденныя при созданіи собственными ихъ творцами, но являвшіяся уступкой требованіямъ помѣстнаго дворянства, озабоченнаго своимъ экономическимъ положеніемъ и весьма тревожно взиравшаго на освободительную реформу 1861 года.

То, что представлялось чрезвычайно сложнымъ для составителей Положеній 19 февр. 1861 г., не было затруднительно для творцовъ Судебныхъ Уставовъ, дѣйствовавшихъ въ чрезвычайно благопріятныхъ условіяхъ.

Исчезла боязнь государственныхъ потрясеній въ видѣ массовыхъ крестьянскихъ волненій, которыми противники освобожденія крестьянъ пугали дѣятелей освободительной реформы[1]); мрачныя предсказанія не сбылись. По мнѣнію компетентныхъ изслѣдователей той эпохи, благополучное осуществленіе великой освободительной реформы сильно укрѣпило въ высшихъ правительственныхъ сферахъ вліяніе либеральной партіи, и компромиссно-половинчатый характеръ Положеній 19 февр. 1861 г. уступилъ мѣсто прямолинейному проведенію основныхъ началъ ихъ въ Судебныхъ Уставахъ. Ничто не омрачало реформаторскаго энтузіазма ихъ творцовъ; имъ не приходилось вступать въ тѣсныя отношенія съ представителями дворянства, какъ то было при составленіи Положеній 19 февр. 1861 г.; судебная реформа не внушала особыхъ опасеній дворянамъ, не нарушала ихъ прямыхъ интересовъ, и творцы Уставовъ пользовались большей свободой въ осуществленіи своихъ воззрѣній. Въ разсматриваемомъ нами вопросѣ рѣшительный разрывъ Судебныхъ Уставовъ съ старыми процессуальными законами сказался, между прочимъ, въ полномъ уничтоженіи всѣхъ процессуальныхъ

---

[1]) Даже твердо увѣренный въ мирномъ и счастливомъ исходѣ освободительной реформы, будущій предсѣдатель Редакц. Ком. генералъ-адъютантъ Ростовцевъ, поневолѣ считаясь съ опасеніями крестьянскихъ волненій, раздѣляемыми тогда весьма многими, въ письмахъ къ государю изъ-за границы указывалъ на необходимость назначеній временныхъ генералъ-губернаторовъ, обязанности коихъ «чисто политическія» — заботиться «объ охраненіи и немедленномъ возстановленіи порядка во всѣхъ сословіяхъ». «При чемъ, — добавляетъ Ростовцевъ, — самый лучшій и самый счастливый генералъ-губернаторъ будетъ тотъ, кто вовсе не проявитъ своей власти». Т. I. Перв. изд. матер. Редакц. Ком. Извлеченіе изъ Всеподданнѣйшихъ писемъ ген.-адъютанта Ростовцева; составлено и напечатано по Высочайшему повелѣнію для соображеній Главнаго Комитета по крестьянскому дѣлу.

Digitized by Google

изъятій, дѣйствовавшихъ до введенія Устава гражд. суд. при исполненіи судебныхъ рѣшеній общихъ судовъ по взысканіямъ съ крестьянъ и крестьянскихъ обществъ. Дѣйствительно, ни въ книгѣ третьей Устава гражд. суд., цѣликомъ посвященной исчерпывающему перечислепію допущенныхъ изъятій, ни въ его пространной[1]) ст. 973, казуистически перечислявшей въ 8 пунктахъ движимые предметы, не подлежащіе обращенію на нихъ взысканій, нѣтъ ни малѣйшаго указанія на сохраненіе изъятій, изложенныхъ въ стт. 935—960, 963, 964, 2259 т. X. ч. 2 изд. 1857 г. и 2-й части прим. 3 къ ст. 24 Общ. пол. 1861 г. Уставъ гражд. суд. дѣлитъ движимое имущество на 4 группы: 1) подлежащее обращенію взысканія безъ ограниченій; 2) по ст. 973 вовсе не подлежащее взысканію; 3) по ст. 974 подлежащее взысканію только при неимѣніи другого имущества; 4) по ст. 975 подлежащее продажѣ только вмѣстѣ съ недвижимымъ имѣніемъ, или когда самое имѣніе не можетъ быть продано.

Не считая возможнымъ отнести необходимый крестьянскій сельско-хозяйственный инвентарь къ категоріи объектовъ, безусловно исключенныхъ отъ обращенія на нихъ взысканія, законодатель не ограничился безмолвнымъ опущеніемъ, но отнесъ ихъ къ третьей категоріи объектовъ, на которые обращеніе взысканія допускается лишь «при неимѣніи прочаго имущества». Въ ст. 974 Уст. гражд. суд. въ общей формѣ перечисляются тѣ самые движимые предметы, которымъ посвящены стт. 384—407 Уст. о благ. въ каз. земл. изд. 1857 г.

Высказанный нами взглядъ объ уничтоженіи при исполненіи рѣшеній общихъ судовъ стт.[2]) 935—960, 963, 964, 2259 т. X. ч. 2 и 2-й части прим. 3 къ ст. 24 Общ. пол., а также о подчиненіи взысканій съ отдѣльныхъ крестьянъ и цѣлыхъ крестьянскихъ обществъ по рѣшеніямъ общихъ судовъ нормамъ Устава гражд. суд. подкрѣпляется слѣдующими соображеніями.

1) Всѣ измѣненія, которымъ подверглись особыя процессуальныя производства дореформеннаго кодекса, изложенныя въ стт. 774—1724 т. X ч. 2 изд. 1857 г., были систематически разсмотрѣны и указаны въ спеціально составленномъ обозрѣніи, приложенномъ къ первой части «Судебныхъ Уставовъ 1864 г. съ изложеніемъ

---

[1]) Ст. 973 Уст. гражд. суд. 1864 г. состояла изъ 8 пунктовъ; въ изданіи 1892 г. имѣются 2 добавленныхъ пункта: 8-й о вооруженіи, одеждѣ и снаряженіи казачьихъ войскъ и 10-й пунктъ, внесенный въ Сводъ Законовъ въ кодификаціонномъ порядкѣ и составляющій основной текстъ сенатскаго опредѣленія 23 іюля 1871 г. Затѣмъ п. 8-й по изд. 1864 г. нынѣ составляетъ п. 9-й.

[2]) Какъ уже указано было въ началѣ, стт. 935—960, 963, 964 т. X, ч. 2 изд. 1857 г. дублировали стт. 380—407 Уст. о благ. въ каз. сел. изд. 1857 г.

Digitized by Google

разсужденій, на коихъ они основаны», въ изданіи Государственной канцеляріи[1]). «Обозрѣніе сіе, — говоритъ въ этомъ исключительно-цѣнномъ историко-догматическомъ комментаріи Зарудный, — указываетъ на отношеніе Устава къ дѣйствовавшимъ до изданія его по сему предмету постановленіямъ и потому составляетъ необходимое его дополненіе»[2]).

Этотъ сводъ, какъ только что было указано, касается лишь стт. 774—1724 т. X ч. 2 изд. 1857 г., и, слѣдовательно, въ немъ не можетъ быть и дѣйствительно нѣтъ никакихъ указаній относительно измѣненій, которымъ подверглись, вслѣдствіе введенія Судебныхъ Уставовъ, ст. 2259 т. X ч. 2 и 2-я часть примѣчанія 3 къ ст. 24 Общ. полож. 19 февр. 1861[3]).

Зато объ основныхъ процессуальныхъ изъятіяхъ, составлявшихъ стт. 935—960, 963, 964 т. X ч. 2, имѣются въ обозрѣніи исчерпывающія указанія.

Имъ посвященъ пунктъ 10-й обозрѣнія, носящій заглавіе: «Судопроизводство по дѣламъ государственныхъ крестьянъ» (ст. 861—964).

Въ полномъ соотвѣтствіи съ высказанными нами положеніями, онъ устанавливаетъ, что порядокъ производства дѣлъ въ особыхъ крестьянскихъ судахъ «опредѣляется правилами Высочайше утвержденнаго 19 февраля 1861 г. Положенія о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости»[4]).

Что же касается производства дѣлъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, пунктъ 10-й Обозрѣнія содержитъ слѣдующее категорическое положеніе[5]):

«Не представляется основанія къ установленію какихъ-либо изъятій въ порядкѣ производства этого рода дѣлъ, и потому дѣла сіи подчинены общему порядку». Но обнимаетъ ли понятіе: «порядокъ производства дѣлъ» исполненіе рѣшеній? Для устраненія возможныхъ въ этомъ отношеніи недоразумѣній, должно указать, что, согласно терминологіи составителей Устава гражд. суд., какъ это отчасти выясняется изъ самаго его наименованія, понятіе: «производство дѣла», является родовымъ, объемлющимъ всѣ процессуальныя стадіи съ момента вчинанія иска до исполненія

[1]) Стран. 655—668.
[2]) Стран. 655.
[3]) Въ т. X, ч. 2 по прод. 1863 г. 2 ч. прим. 3 къ ст. 24 Общаго полож. 1861 г. не была внесена, но въ прим. къ ст. 1854 т. X, ч. 2 по прод. 1863 г. было указано, что особыя правила описи, оцѣнки и продажи имущества государственныхъ крестьянъ указаны въ Уставѣ о благ. каз. селеній, ст. 387—401; особыя же правила по тому же вопросу для крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости, изложены въ Положеніяхъ 19 февр. 1861 г.
[4]) Судебн. Уставы съ излож. разсужд., на коихъ они основаны ч. I, изд. Госуд. Канц., стран. 659.
[5]) Разрядка всюду наша.

Digitized by Google

вошедшаго въ законную силу рѣшенія включительно. Такъ, въ книгу вторую Уст. гражд. суд., носящую заглавіе: «Порядокъ производства въ общихъ судебныхъ мѣстахъ», въ качествѣ видового понятія, входитъ раздѣлъ V «объ исполненіи судебныхъ рѣшеній».

Считаемъ необходимымъ оговорить, что мы не приписываемъ рѣшающаго значенія цитированнымъ частямъ Обозрѣнія, цѣннымъ для насъ только, какъ выраженіе авторитетнаго мнѣнія составителей Судебныхъ Уставовъ по разсматриваемому вопросу.

2) Другимъ, при томъ весьма серьезнымъ соображеніемъ въ подтвержденіе высказаннаго нами воззрѣнія является ст. 83 Выс. утв. Положенія о введеніи въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ 20 ноября 1864 г. (Вводный законъ 19 октября 1865 г.).

Статья 83 гласитъ: «Со дня введенія въ губерніи Судебныхъ Уставовъ всѣ подлежащія исполненію въ этой губерніи рѣшенія нынѣшнихъ судебныхъ мѣстъ, объ исполненіи коихъ не было до того дня послано указа, приводятся въ исполненіе по правиламъ Устава гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 г. на основаніи исполнительныхъ листовъ, выдаваемыхъ, по просьбѣ взыскателя, судебными мѣстами, постановившими рѣшеніе. Исполнительные листы по рѣшеніямъ Правительствующаго Сената выдаются изъ подлежащихъ палатъ гражданскаго суда».

На первый взглядъ, въ только что приведенной статьѣ какъ будто и не упоминается о порядкѣ исполненія рѣшеній новыхъ судебныхъ установленій; она какъ бы подчиняетъ нормамъ Устава гражд. суд. порядокъ исполненія рѣшеній однихъ только дореформенныхъ общихъ судовъ и то лишь въ случаѣ непосылки указа. Но, конечно, такое явно несостоятельное толкованіе привело бы къ безусловно непріемлемому выводу, что Уставъ гражд. суд. долженъ примѣняться лишь при исполненіи рѣшеній дореформенныхъ судовъ, подлежавшихъ съ 1866 г. упраздненію[1]), а на рѣшенія новыхъ судовъ, для коихъ и былъ спеціально созданъ Уставъ, онъ вовсе не распространяется.

Отвергая такое совершенно недопустимое толкованіе, мы полагаемъ, что приведенная ст. 83 закона 19 окт. 1865 г. можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что при исполненіи рѣшеній дореформенныхъ судовъ, при условіи непосылки указа, а при исполненіи рѣшеній новыхъ судебныхъ учрежденій безусловно, устанавливается единообразный порядокъ исполненія рѣшеній, исключительно нормами Устава гражд. суд. предусмотрѣнный. Статья 83 регулируетъ ис-

[1]) Ст. 2 вводнаго закона 19 октября 1865 г.

Digitized by Google

полненіе рѣшенія только «судебныхъ мѣстъ», т.-е. общихъ судовъ, и вовсе не распространяется на сельскія судебныя учрежденія[1]); она говоритъ «о всѣхъ подлежащихъ исполненію рѣшеніяхъ» и тѣмъ подчеркиваетъ уничтоженіе всякихъ особыхъ процессуальныхъ производствъ, кромѣ, конечно, прямо допущенныхъ Уставомъ гражд. суд.

Резюмируя изложенное, должно сказать, что общій унификаціонный характеръ Устава гражд. суд., его радикальный разрывъ съ дореформенными процессуальными законами, исчерпывающій перечень допущенныхъ процессуальныхъ изъятій въ его третьей книгѣ, содержаніе стт. 973—975 Уст. гражд. суд., категорическое мнѣніе составителей Судебныхъ Уставовъ и, въ частности, С. Зарудпаго, лица, которому, по извѣстному авторитетному мнѣнію[2]), «судебная реформа въ Россіи болѣе другихъ обязана своимъ существованіемъ», наконецъ, ст. 83 Вводнаго закона 19 октября 1865 г.— все это приводитъ насъ къ убѣжденію, что Уставъ гражд. суд. уничтожилъ всѣ дореформенныя процессуальныя изъятія, регулировавшія порядокъ обращенія частныхъ взысканій на имущество отдѣльныхъ крестьянъ и цѣлыхъ крестьянскихъ обществъ. Съ момента введенія въ дѣйствіе Устава гражд. суд. онъ одинъ, по нашему мнѣнію[3]), сталъ нормировать порядокъ исполненія рѣшеній общихъ судовъ; только при исполненіи рѣшеній сельскихъ судебныхъ учрежденій сохранили свою силу прежнія процессуальныя изъятія, т.-е.:

а) для обществъ государственныхъ крестьянъ — ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г.;

в) для отдѣльныхъ государственныхъ крестьянъ — стт. 380—407 т. XII ч. 2 изд. 1857 г.

с) для отдѣльныхъ крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости — т. XII ч. 2 изд. 1857 ст. 384—407 и 2 часть примѣчанія 3 къ ст. 24 Общ. полож. 1861 г.

IV. Дальнѣйшія мѣры по данному вопросу въ области крестьянскаго законодательства сводились къ слѣдующему: 1) Законъ 18 января 1866 г. (О преобразованіи общественнаго управленія государственныхъ крестьянъ и о передачѣ ихъ въ вѣдѣніе губернскихъ и уѣздныхъ, а также мѣстныхъ по крестьянскимъ дѣламъ учре-

---

[1]) Дореформенная терминологія строго различала и противопоставляла другъ другу: «судебныя мѣста» и крестьянскія судебныя учрежденія. См. заглавіе главы IV закона 23 марта 1839 г.

[2]) Надпись статсъ-секретаря В. Буткова на первомъ печатномъ экземплярѣ Судебныхъ Уставовъ, преподнесенномъ С. Зарудному.

[3]) Изъятія при обращеніи взысканій на надѣльное имущество разсмотрѣны ниже.

Digitized by Google

жденій) произвелъ дальнѣйшее сокращеніе сохранившихся послѣ введенія Судебныхъ Уставовъ 1864 г. процессуальныхъ изъятій по разсматриваемому нами вопросу. Законъ 18 января 1866 г. отмѣнилъ для государственныхъ крестьянъ спеціально для нихъ изданный Сельскій Судебный Уставъ 1839 г., распространилъ на нихъ судебное устройство по Положенію 19 февр. 1861 г., упразднилъ Сельскія и Волостныя Расправы, уничтожилъ палаты государственныхъ имуществъ и тотъ особый порядокъ взысканій съ сельскихъ обществъ государственныхъ крестьянъ, который этими палатами нормировался и который былъ предусмотрѣнъ ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г.

Правда, ст. 1 закона 18 января 1866 г. сохраняла за государственными крестьянами преимущества, которыми они пользовались до его изданія. Даже при весьма спорной возможности отнести ст. 2259 [1]) къ числу особыхъ преимуществъ, все же придется признать, что ст. 1 не можетъ имѣть въ данномъ случаѣ примѣненія. Она сохраняетъ за государственными крестьянами привилегіи лишь, какъ за отдѣльными участниками гражданскаго оборота; но ни ст. 1, ни весь законъ 18 января 1866 г., выгодно отличающійся единствомъ мысли и точностью терминологіи, не сохраняютъ для обществъ государственныхъ крестьянъ какихъ-либо изъятій, не устанавливаютъ для нихъ какихъ-либо особенностей правового характера въ сравненіи съ обществами крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости.

По вопросу о частныхъ взысканіяхъ, законъ 18 января 1866 г. распространилъ на отдѣльныхъ государственныхъ крестьянъ и на общества государственныхъ крестьянъ тотъ порядокъ, который до изданія этого закона примѣнялся только къ отдѣльнымъ бывшимъ крѣпостнымъ крестьянамъ и къ ихъ обществамъ.

2) Затѣмъ, значительно позже, когда разряды крестьянъ бывшихъ крѣпостныхъ и государственныхъ во всѣхъ существенныхъ чертахъ слились въ одно сословіе, для борьбы съ уменьшеніемъ крестьянскаго надѣльнаго фонда, законъ 14 декабря 1893 г. вообще, запретилъ обращеніе частныхъ взысканій на надѣльныя земли даже послѣ погашенія выкупной ссуды, допустивъ лишь одно исключеніе «для удовлетворенія претензій по закладнымъ, въ установленномъ порядкѣ совершеннымъ до обнародованія» его [2]).

Считая возможнымъ жертвовать интересами частныхъ взыскателей, не учитывавшихъ до изданія этого закона возможности столь серьез-

[1]) Ст. 2259, т. X, ч. 2 устанавливала отвѣтственность членовъ крестьянскаго общества за его долги.

[2]) Ст. 20 Общ. Полож. изд. 1902 г. по прод. 1910; законъ 14 декабря 1893 г., I, ст. 3.

Digitized by Google

наго ограниченія имущественныхъ правъ своихъ крестьянскихъ контрагентовъ, не останавливаясь предъ колебаніями крестьянскаго кредита, законъ 14 дек. 1893 г. не устранилъ однако возможности продажи крестьянской надѣльной земли за недоимки въ окладныхъ сборахъ и выкупныхъ платежахъ, вопросъ о коихъ съ привычною тщательностью и суровостью былъ урегулированъ затѣмъ закономъ 23 іюня 1899 г. — «Положеніемъ о порядкѣ взиманія окладныхъ сборовъ съ надѣльныхъ земель сельскихъ обществъ»[1]).

V. Какъ уже было указано, творцы Судебныхъ Уставовъ не сочли возможнымъ установить процессуальныя изъятія для органовъ земскаго, городского и сельскаго самоуправленія, но приравняли ихъ къ частнымъ обществамъ, установивъ лишь п. 2 ст. 343 Уст. гражд. суд. обязательное по ихъ дѣламъ заключеніе лицъ прокурорскаго надзора. Неудобство введеннаго Судебными Уставами порядка частныхъ взысканій съ органовъ самоуправленія сказалось весьма скоро. Возможность обращенія взысканія, описи и продажи принадлежащихъ имъ лечебницъ, школъ, пожарныхъ обозовъ, водокачекъ, запасныхъ хлѣбныхъ магазиновъ и другихъ безусловно необходимыхъ для нуждъ мѣстнаго населенія предметовъ представляла весьма большую угрозу правильному исполненію возложенныхъ на нихъ закономъ публично-правовыхъ обязанностей.

Вопросъ о подчиненіи частныхъ взысканій съ земствъ общему порядку, установленному стт. 933—1213 Уст. гражд. суд. восходилъ на разсмотрѣніе Общаго Собранія 1-го и касс. деп. сената, которое въ своемъ опредѣленіи отъ 3 марта 1880 г.[2]) (по сборнику № 11) высказываетъ слѣдующее основное положеніе: «Приложеніе правилъ гражданскаго судопроизводства къ случаямъ исполненія рѣшеній противъ земскихъ учрежденій возможно только при согласованіи сихъ правилъ съ тѣми законоположеніями, которыя опредѣляютъ власть и порядокъ дѣйствія этихъ послѣднихъ учрежденій. Какъ самое существованіе земскихъ учрежденій, призванныхъ для осуществленія задачъ государственной жизни, такъ и предоставленіе имъ средствъ, необходимыхъ для выполненія возложенныхъ на нихъ обязанностей, поставлены, равнымъ образомъ, подъ твердую охрану закона, и поэтому никакія постановленія судебныхъ уставовъ не могутъ быть истолковываемы и примѣняемы въ противность сему».

Не доказавъ противозаконности подчиненія частныхъ взысканій съ земства общему порядку Устава гражд. суд., но констатировавъ

---

[1]) I, ст. 2 закона 14 дек. 1893 г. ст. 19 Общ. Полож. изд. 1902 по прод. 1910 г. и ст. 240 сл. Общ. Полож. о крест. по прод. 1906 г.

[2]) Оно было распубликовано въ № 9 Собран. Узак. и Распор. Правит. за 1882 г.

Digitized by Google

его безусловную нецѣлесообразность, Сенатъ устанавливаетъ особый закономъ нигдѣ не предусмотрѣнный порядокъ взысканій частныхъ долговъ съ органовъ земскаго самоуправленія. Въ существенныхъ частяхъ этотъ порядокъ сводился къ слѣдующему.

1) Земскія управы по предъявляемымъ имъ исполнительнымъ листамъ обязаны удовлетворять присужденныя съ земства взысканія немедленно изъ наличныхъ суммъ, если онѣ внесены въ смѣту или указаны въ особомъ разрѣшеніи земскаго собранія на основаніи ст. 1884 т. II. ч. I. или же составляютъ сбереженіе отъ смѣтныхъ назначеній въ порядкѣ ст. 1890 т. II. ч. I.

2) При отсутствіи смѣтныхъ сбереженій или соотвѣтствующаго со стороны земскаго собранія распоряженія, земская управа въ первый же день земскаго собранія обязана исходатайствовать надлежащее разрѣшеніе о внесеніи въ смѣту необходимыхъ суммъ.

3) Надзоръ за дѣйствіями земскихъ собраній и управъ по этому вопросу принадлежитъ губернаторамъ, для чего и должно взыскателямъ сообщать имъ копію исполнительнаго листа.

Рѣшеніемъ Общ. Собр. 1-го и касс. деп. сената 1890 г. за № 12 только что приведенный порядокъ былъ распространенъ и на взысканія съ городскихъ общественныхъ управленій.

По отношенію къ земству и городу вопросъ былъ вскорѣ разрѣшенъ въ законодательномъ порядкѣ. Именно, ст. 4 Положенія о губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденіяхъ 1890 г. и ст. 7 Городового Положенія изд. 1892 г. органамъ земскаго и городского самоуправленія было предоставлено право [1]) «вчинать иски и отвѣчать на судѣ по имущественнымъ дѣламъ съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для казенныхъ управленій».

Порядокъ взысканія съ земствъ и городовъ, установленный приведенными выше рѣшеніями Общ. Собр. 1-го и касс. деп. 1880 г. и 1890 г. противорѣчилъ дѣйствовавшимъ во время ихъ воспослѣдованія узаконеніямъ [2]); все же надлежало признать, что послѣдовательное проведеніе сенатскаго ученія о порядкѣ взысканія частныхъ долговъ съ органовъ самоуправленія требовало распространенія этого порядка и на крестьянскія общества [3]). Съ точки зрѣнія

[1]) Ст. 1282 Уст. гражд. суд., изд. 1892 г., прим. I и II.

[2]) Земское положеніе 1864 г. и Городовое положеніе 1870 г.

[3]) Въ рѣшеніи Общ. Собр. 1-го и Касс. Деп. 1880 г. за № 11 выраженъ слѣдующій тезисъ: «Переходя за симъ непосредственно къ обсужденію вопроса о порядкѣ производства взысканій съ земства по судебнымъ рѣшеніямъ, Сенатъ прежде всего не можетъ не замѣтить, что тѣ соображенія Саратовскаго Губ. Земск. Собранія, кои клонятся къ тому, чтобы приравнять земскія учрежденія къ защищаемымъ на правахъ казны, не могутъ быть признаны правильными. Утвержденіе Саратовскаго Губ. Земск. Собранія о непримѣнимости къ дѣламъ земства стт. 933—1213 Уст. Гр. Суд. объ исполненіи су-

Digitized by Google

доктрины, усвоенной въ этомъ вопросѣ сенатомъ, наиболѣе послѣдовательнымъ порядкомъ обращенія взысканія на крестьянскія общества является, по нашему мнѣнію, слѣдующій: крестьянское общество обязано погасить представленный исполнительный листъ; въ случаѣ уклоненія отъ совершенія надлежащихъ дѣйствій по погашенію долга, взыскатель имѣетъ право приносить жалобы, а земскій начальникъ на основаніи ст. 31 кн. III Положенія о крестьянскихъ установленіяхъ, обязанъ представлять въ съѣздъ къ отмѣнѣ всякій приговоръ, нарушающій права взыскателя.

Но въ данномъ вопросѣ, при взысканіяхъ съ крестьянскихъ обществъ, сенатъ, безъ указанія какихъ-либо опредѣленныхъ мотивовъ, сталъ на совершенно иную точку зрѣнія, которая, независимо отъ своей незаконности, грѣшитъ еще явной нецѣлесообразностью.

VI. Руководящія воззрѣнія сената о взысканіи съ отдѣльныхъ крестьянъ и крестьянскихъ обществъ развиты имъ въ двухъ опредѣленіяхъ 1 деп. отъ 23 іюля 1871 г. и 11 января 1878 г., помѣщенныхъ въ Полномъ собраніи законовъ (1871 г.— № 49843; 1878 г.— № 58075). Основныя положенія обоихъ рѣшеній были въ кодификаціонномъ порядкѣ внесены и въ Сводъ Законовъ, въ которомъ тезисы рѣшенія 1871 г. составили п. 10 ст. 973 Уст. гр. суд. изд. 1892 г.[1]), а тезисы рѣшенія 1878 г. образовали стт. 1—6, 8 прил. II къ ст. 6 Общ. Пол. о крестьян. изд. 1902 г. по продолж. 1910 г.

Кромѣ несоотвѣтствія закону, на которомъ мы остановимся ниже, оба сенатскихъ рѣшенія, по нашему мнѣнію, находятся и во взаимномъ противорѣчіи другъ другу.

Опред. 23 іюля 1871 г., повторяя аргументацію рѣшенія Общ. Собр. касс. деп. отъ 15 декабря 1869 г., категорически устанавливаетъ, что «такъ какъ по продолженію Свода Законовъ 1869 г., изданному уже послѣ Судебныхъ Уставовъ 1864 г., правила, изложенныя въ т. XII ч. II Уст. о благ. въ казен. сел.— статьи 384—407, на которыя сдѣлана ссылка и въ Общемъ положеніи о крестьянахъ,

---

дебныхъ рѣшеній не согласно съ ясно выраженнымъ постановленіемъ закона». Сенатъ отказался распространить на земство и сообразно смыслу рѣш. Общ. Собр. 1890 г. № 12, слѣдовательно и на городское самоуправленіе «правила, установленныя для казенныхъ управленій», что было произведено лишь Земскимъ Полож. 1890 и Городовымъ Полож. 1892 г. Слѣдовательно, не вполнѣ точно часто высказываемое положеніе, что ст. 4 Полож. о земск. учр. 1890 г. и ст. 7 Городск. Полож. 1892 г. только узаконили порядокъ, ранѣе установленный сенатской практикой.

[1]) Подъ п. 10 ст. 973 Уст. Гр. Суд. источниками показаны, кромѣ рѣшенія I Департ. 23 іюля 1871 г. еще Высочайше утвержд. мнѣніе Госуд. Совѣта 21 дек. 1871 г., которое устанавливаетъ, что въ каждой губерніи издается списокъ предметовъ «не подлежащихъ на основаніи законоположеній 19 февр. 1861 г. продажѣ»; но самаго вопроса о примѣненіи при исполненіи рѣшеній общихъ судовъ процессуальныхъ изъятій, установленныхъ стт. 384—407 Уст. о благ., законъ 21 дек. 1871 г. ни въ какой степени не касается.

Digitized by Google

не значатся отмѣненными или дополненными, то посему упомянутыя правила, касательно денежныхъ взысканій съ крестьянъ, должны считаться сохранившими свою силу и за изданіемъ Судебныхъ Уставовъ 1864 г., въ коихъ объ отмѣнѣ тѣхъ правилъ прямо не выражено».

Считая стт. 384—407 Уст. о благ. изъ коихъ предпослѣдняя 406 гласила: «Взысканія по судебнымъ рѣшеніямъ производятся тѣмъ же способомъ, какой установленъ для взысканія по приговорамъ Сельской и Волостной расправъ» сохранившими силу, сенатское рѣшеніе 1871 г. тѣмъ самымъ признало тождественность порядка исполненія рѣшеній какъ сельскихъ, такъ и общихъ судебныхъ учрежденій.

Хотя съ 1871 г. не послѣдовало никакихъ[1]) новыхъ по данному вопросу узаконеній, тѣмъ не менѣе въ 1878 г. сенатъ оставилъ свой прежній взглядъ, уничтожилъ установленную рѣшеніемъ 1871 г. тождественность, и, для исполненія рѣшеній общихъ судебныхъ установленій, ввелъ порядокъ, существенно отличный отъ порядка исполненія рѣшеній крестьянскихъ судовъ.

Установленіе опредѣленіемъ 11 января 1878 г. двухъ различныхъ порядковъ, учтенное кодификаторами въ сообщеніи различныхъ заголовковъ[2]) приложеніямъ I и II къ ст. 6 Общ. положенія о крестьянахъ и въ указаніяхъ на подстатейныя ссылки, вносило значительныя измѣненія въ порядокъ исполненія также рѣшеній общихъ судовъ.

Изъ многочисленныхъ нормъ (стт. 384—407 Уст. о благ.), регулировавшихъ, по мнѣнію сената, въ 1871 г. институтъ обращенія частныхъ взысканій на крестьянское имущество, сенатское опредѣленіе 1878 г. сохранило для исполненія рѣшенія общихъ судовъ незначительныя по своему характеру и содержанію немногія положенія, формулированныя преимущественно въ трехъ первыхъ статьяхъ приложенія II къ ст. 6 Общ. пол. изд. 1902 (по прод. 1910 г.).

Вмѣсто стройной системы, устанавливавшей строгую постепенность въ порядкѣ исполненія рѣшеній; вмѣсто подробнаго перечисленія объектовъ, вовсе не подлежащихъ обращенію на нихъ взысканій или подлежащихъ взысканію лишь при наличности

---

[1]) Высоч. утвержд. мнѣніе Госуд. Совѣта 21 декабря 1871 г. устанавливало лишь регистрацію предметовъ, не подлежащихъ продажѣ.

[2]) Прилож. къ ст. 6 (по прод. 1906 г.) озаглавлено:

I. «Правила о порядкѣ взысканія частныхъ долговъ съ крестьянъ по приговорамъ волостныхъ судовъ».

II. «Преподанныя указами Правительствующаго Сената разъяснительныя постановленія о порядкѣ взысканія частныхъ долговъ съ крестьянъ и крестьянскихъ обществъ по рѣшеніямъ судебныхъ мѣстъ».

Digitized by Google

опредѣленныхъ условій; вмѣсто обязательнаго испрошенія у суда разрѣщенія при обращеніи взысканія на внѣнадѣльное недвижимое имущество; вмѣсто установленнаго максимальнаго мѣсячнаго срока для продажи описанной движимости — опредѣленіе 1878 г. устанавливаетъ никакими легальными нормами не предусмотрѣнный порядокъ опредѣленія сельскими должностными лицами «того, какая часть изъ имущества крестьянина-должника можетъ быть продана на удовлетвореніе истца безъ разстройства крестьянскаго хозяйства»[1]). При этомъ опредѣленіе 1878 г. сельскимъ должностнымъ лицамъ отводитъ роль экспертовъ, лишая ихъ при взысканіи долговъ исполнительныхъ функцій, которыми они были надѣлены по постановленіямъ Устава о благоустройствѣ[2]).

Кромѣ своей взаимной противорѣчивости, сенатскія рѣшенія 1871 и 1878 гг. стоятъ и въ полномъ противорѣчіи съ закономъ. Такъ, рѣшеніе 1-го Деп. отъ 23 іюля 1871 г. устанавливаетъ, что процессуальныя изъятія для крестьянъ, изложенныя въ стт. 384—407 Уст. о благ. сохранили силу и послѣ введенія Судебныхъ Уставовъ 1864 г., при чемъ въ доказательство выставленнаго положенія сенатъ приводитъ 2 аргумента:

а) что «по продолженію Свода Законовъ 1869 г., изданному послѣ Судебныхъ Уставовъ 1864 г., стт. 384—407 Уст. о благ. не значатся отмѣненными или дополненными», и что б) въ самихъ Судебныхъ Уставахъ объ отмѣнѣ стт. 384—407 «прямо не выражено».

Первый аргументъ является отраженіемъ воззрѣнія, господствовавшаго въ семидесятыхъ годахъ и въ сенатской практикѣ и въ русской юридической литературѣ[3]), по которому, смыслъ, придаваемый закону при его кодификаціонной переработкѣ, признавался обязательнымъ.

Этотъ взглядъ долженъ быть признанъ явно несостоятельнымъ, ибо онъ покоится на присвоеніи кодификаціоннымъ учрежденіямъ совершенно чуждой имъ законодательной власти, въ данномъ случаѣ — права аутентическаго толкованія. Непонятно, какъ можно при разрѣшеніи вопроса объ измѣненіяхъ, произведенныхъ изданіемъ новаго закона (въ данномъ случаѣ Судебныхъ Уставовъ 1864 г.) въ ранѣе дѣйствовавшихъ узаконеніяхъ, основываться на выраженномъ чрезъ значительный промежутокъ времени

---

[1]) См. ч. I настоящей статьи.

[2]) То обстоятельство, что рѣшеніе 11 января 1878 г. не есть приспособленіе стт. 384—407 Уст. о благ. къ исполненію рѣшеній общихъ судовъ, а является созданіемъ новыхъ нормъ, признается и Сенатомъ въ рѣшеніи Общ. Собр. 1-го, 2-го и Касс. Деп. 1889 г., № 21.

[3]) Курсъ русскаго гражданскаго права, П. Цитовича, т. I. Ученіе объ источникахъ.

Digitized by Google

(въ 1869 г.) взглядѣ кодификаціонныхъ учрежденій, дѣятельность которыхъ носитъ чисто административный характеръ. Неправильность критикуемаго воззрѣнія въ настоящее время признается и сенатомъ, категорически признавшимъ, «что отмѣна или измѣненіе закона, согласно 54, 72 и 73 стт. I т. Свода Законовъ Осн., можетъ послѣдовать путемъ законодательнымъ, а не кодификаціоннымъ, и потому смыслъ и значеніе закона не можетъ измѣниться исключительно отъ способа его кодификаціи»[1]).

Второй аргументъ сенатскаго рѣшенія 1871 г. является еще менѣе убѣдительнымъ. Дѣйствительно, въ Судебныхъ Уставахъ 1864 г. «прямо не выражено объ отмѣнѣ стт. 384—407 Уст. о благ.» [2]) точно такъ же, какъ «не выражено въ нихъ объ отмѣнѣ» вообще ни одного постановленія дореформенныхъ процессуальныхъ законовъ. Но, конечно, едва ли самъ сенатъ, послѣдовательно исходя изъ своей аргументаціи, рѣшился бы утверждать по этимъ мотивамъ, что сохранили силу всѣ, вообще, старые процессуальные законы. Исчерпывающая характеристика логической цѣнности доказательствъ, приводимыхъ въ только что указанной части рѣшенія 1871 г., была дана самимъ сенатомъ, когда онъ въ своемъ рѣшеніи по гражд. кассац. деп. 1882 г. № 92 повторилъ всю только что приведенную аргументацію для доказательства положенія, діаметрально противоположнаго тому, которое имъ защищалось въ опредѣленіи 1-го деп. 23 іюля 1871 г. Въ рѣшеніи 1882 г. № 92 гражд. касс. деп. сенатъ разсматривалъ вопросъ о томъ, сохранили ли послѣ изданія Судебныхъ Уставовъ 1864 г. силу стт. 400—404 Уст. о благ., позволявшія, въ случаѣ отсутствія у отвѣтчика-крестьянина имущества, отдавать его на общественныя или частныя работы.

Вопреки цитированному уже опредѣленію сената по 1 деп. 1871 г., которое признало стт. 384—407 Уст. о благ. сохранившими свою силу и послѣ изданія Судебныхъ Уставовъ 1864 г., гражд. касс. деп. въ приведенномъ рѣшеніи призналъ, что стт. 400—404 Уст. о благ. упразднены Судебными Уставами 1864 г. по слѣдующимъ соображеніямъ:

«При изданіи Судебныхъ Уставовъ 20 ноября 1864 г. въ Уст. Гр. Суд. (стт. 159, 184, 933, 934—936) въ числѣ способовъ исполненія рѣшенія, не указана отдача на общественныя работы или въ зара-

---

[1]) Рѣшеніе Общ. Собр. 1-го и Касс. Деп. 1890 г. № 7. Подробнѣе объ этомъ вопросѣ см. Вормсъ и Ельяшевичъ, Комментарій къ Зак. Гражд. вып. I. Введеніе.

[2]) Какъ уже было указано, стт. 384—407 Уст. о благ. дублировали стт. 935—960, 963, 964 Законовъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ. Т. X, ч. 2, изд. 1857 г.

Digitized by Google

ботокъ частнымъ лицамъ. Если бы имѣлось въ виду сохраненіе такого способа взысканія при исполненіи рѣшеній, постановленныхъ по уставамъ 20 ноября 1864 г., то въ сихъ уставахъ былъ бы несомнѣнно указанъ порядокъ примѣненія этого способа исполненія». «Отсутствіе въ семъ позднѣйшемъ законоположеніи указанія на такой способъ исполненія и на порядокъ его примѣненія свидѣтельствуетъ, что, при денежныхъ взысканіяхъ по рѣшеніямъ судебныхъ установленій, образованныхъ по уставамъ 20 ноября 1864 г. нельзя обращаться къ понудительной отдачѣ должника на заработки».

Въ схематической формѣ, такимъ образомъ, ходъ сенатской аргументаціи сводится къ слѣдующему.

Въ отношеніи всего процессуальнаго института взысканія съ крестьянъ, объемлемаго стт. 384—407 Уст. о благ., сенатъ по 1-му деп. въ 1871 г. установилъ: такъ какъ въ Судебныхъ Уставахъ 1864 г. не упоминается о стт. 384—407 Уст. о благ., то, слѣдовательно, эти статьи сохранили свою силу, ибо въ противномъ случаѣ объ ихъ отмѣнѣ, было бы прямо указано въ Судебныхъ Уставахъ 1864 г.

Въ отношеніи же стт. 400—404 Уст. о благ., входящихъ въ составъ института, уже признаннаго рѣшеніемъ 1871 г. сохранившимъ силу, сенатъ по гражд. касс. деп. напротивъ утверждаетъ: такъ какъ въ Судебныхъ Уставахъ 1864 г. не упоминается о стт. 400—404 Уст. о благ., слѣдовательно, эти статьи потеряли свою силу, ибо въ противномъ случаѣ объ ихъ сохраненіи было бы прямо указано въ Судебныхъ Уставахъ. Болѣе подробное критическое разсмотрѣніе доктрины, защищающей и опровергающей одними и тѣми же аргументами одни и тѣ же тезисы, является, конечно, излишнимъ.

VII. Кромѣ разсмотрѣнныхъ уже положеній о порядкѣ взысканія долговъ по рѣшеніямъ общихъ судовъ съ отдѣльныхъ крестьянъ, опр. 1-го деп. 11 января 1878 г. устанавливаетъ еще особый порядокъ[1]) для взысканія частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ, рѣзко отличающійся отъ порядка, установленнаго ученіемъ сената относительно частныхъ взысканій съ органовъ земскаго и городского самоуправленія[2]). Аргументація сената сводится къ слѣдующему:

Упомянувъ о порядкѣ взысканія съ обществъ государственныхъ крестьянъ, установленномъ ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г., сенатъ указываетъ, что «такъ какъ этотъ порядокъ взысканія частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ находился въ противорѣчіи

---

[1]) Ст. 4—8 Прил. II, къ ст. 6 Общ. Пол. о крестьян., изд. 1902 г. по прод. 1910 г.

[2]) См. часть IV наст. статьи.

Digitized by Google

съ Судебными Уставами 20 ноября 1864 г. и Положеніями о крестьянахъ 19 февраля 1861 г., по которымъ продажа имущества на удовлетвореніе частныхъ долговъ и недоимокъ по податямъ, помѣщичьимъ оброкамъ, выкупнымъ платежамъ и мірскимъ сборамъ признана одной изъ самыхъ дѣйствительныхъ мѣръ, то вышеприведенная ст. 2259 отмѣнена и замѣнена примѣчаніемъ къ ст. 1854 т. X ч. 2 Свода Зак. по прод. 1868 г., которое гласитъ: »особыя правила объ описи, оцѣнкѣ и продажѣ имуществъ сельскихъ обывателей изложены въ Положеніяхъ о крестьянахъ».

Далѣе затѣмъ, сенатъ указываетъ, что «примѣчаніемъ къ ст. 1854 т. X ч. 2 прямо вмѣнено въ обязанность при взысканіи частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ руководствоваться правилами, изложенными въ Положеніяхъ 19 февраля 1861 г. относительно взысканія недоимокъ по податямъ, выкупнымъ платежамъ и мірскимъ сборамъ». Изъ приведенныхъ положеній сенатъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что при обращеніи взысканія на сельское общество «должно быть описано все крестьянское движимое имущество цѣлаго общества»[1]).

Сенатъ, вѣрный господствовавшимъ въ семидесятыхъ годахъ взглядамъ на значеніе кодификаціонной переработки закона, въ этомъ опредѣленіи 1878 г., какъ и въ опредѣленіи 23 іюля 1871 г., придаетъ рѣшающее значеніе дѣятельности кодификаціонныхъ учрежденій.

Проф. Лазаревскій въ статьѣ: «Отвѣтственность по долгамъ сельскихъ обществъ»[2]) подвергаетъ изслѣдованію содержаніе тѣхъ узаконеній, которыя, какъ это слѣдуетъ изъ подстатейныхъ указаній, помѣщенныхъ въ т. X ч. 2 по прод. 1868 г. вмѣсто ст. 2259, побудили кодификаціонныя учрежденія, а за ними и сенатъ считать: во-первыхъ, статью 2259 отмѣненной, и, во-вторыхъ, замѣненной примѣчаніемъ къ ст. 1854 по прод. 1868 г. т. X ч. 2. Это законы: 18 января 1866 г. (Собр. Узак. 1866 г. № 111), 24 ноября 1866 г. (Собр. Узак. 1866 г., № 786) и 16 мая 1867 (Собр. Узак. 1867 г., № 461 пп. 1 и 7).

По первому вопросу, объ отмѣнѣ ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г., проф. Лазаревскій приходитъ къ слѣдующему выводу[3]): «Постановленіе ст. 2259 зак. суд. гражд. о покрытіи спеціальными сборами съ каждой мужской души гражданскихъ взысканій, присужденныхъ съ обществъ казенныхъ крестьянъ, никакимъ послѣдующимъ закономъ прямо не отмѣнено и ни съ какимъ постановленіемъ

---

[1]) Ст. 4 Прил. II къ ст. 6 Общ. пол. о крестьян., изд. 1902 г. по прод. 1910 г.
[2]) См. «Вѣстникъ Гражданскаго Права», № 6 за 1913 г.
[3]) Стран. 39 статьи проф. Лазаревскаго.

Digitized by Google

какого-либо позднѣйшаго закона и въ частности ни съ какимъ постановленіемъ Положенія о крестьянахъ или Судебныхъ Уставовъ въ прямомъ противорѣчіи не стоитъ, по крайней мѣрѣ, ни кодификаціонныя учрежденія, ни правит. сенатъ такого постановленія не указываютъ, и, какъ намъ кажется, его, вообще, и нельзя указать».

Не повторяя приведенныхъ въ III части настоящей статьи аргументовъ, напомнимъ только тѣ выводы, къ которымъ мы пришли, вопреки мнѣнію проф. Лазаревскаго: 1) что ст. 2259 въ примѣненіи къ рѣшеніямъ общихъ судовъ была отмѣнена Судебными Уставами 1864 г.[1]); 2) что въ примѣненіи же къ рѣшеніямъ сельскихъ судовъ государственныхъ крестьянъ, т.-е. сельскихъ и волостныхъ расправъ, статья 2259 была отмѣнена закономъ 18 января 1866 г.

По второму же вопросу, о законности и цѣлесообразности порядка, установленнаго опредѣленіемъ 11 января 1878 г. при взысканіи частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ, проф. Лазаревскій приводитъ исчерпывающія доказательства незаконности и жестокой нецѣлесообразности сенатскаго положенія, по которому за долги крестьянскаго общества должно быть описано все крестьянское движимое имущество отдѣльныхъ членовъ его; проф. Лазаревскій указываетъ, что опредѣленіе сената 1878 г. приводитъ не только къ установленію круговой поруки, но порождаетъ солидарную отвѣтственность каждаго члена крестьянскаго общества даже безъ права регресса[2]).

Независимо отъ этихъ соображеній должно отмѣтить неправильную постановку разсматриваемаго вопроса, какъ сенатомъ въ опредѣленіи 11 января 1878 г., такъ и проф. Лазаревскимъ, съ нимъ полемизирующимъ.

Изъ самаго текста ст. 2259 т. X ч. 2 («Взысканія, присужденныя съ обществъ казенныхъ крестьянъ...»), нѣсколько разъ цитируемой и сенатомъ и проф. Лазаревскимъ[3]), съ очевидностью вытекаетъ, что она регулировала порядокъ взысканія только съ обществъ казенныхъ крестьянъ. Ни Положеніями 19 февраля

---

[1]) По вопросу объ отмѣнѣ ст. 2259, къ нашему взгляду приближается въ своихъ конечныхъ выводахъ и разбираемое рѣшеніе 11 января 1878 г. Безъ установленія необходимаго разграниченія въ рѣшеніяхъ общихъ и сельскихъ судовъ, въ слишкомъ суммарной формѣ рѣшеніе 1878 г. указываетъ..., «такъ какъ этотъ порядокъ взысканія частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ находился въ противорѣчіи съ судебными уставами 1864 г. и положеніями о крестьянахъ 19 февраля 1861 г... то ст. 2259 отмѣнена».

[2]) Стран. 45 статьи проф. Лазаревскаго.

[3]) Стран. 27, 39 и другія статьи проф. Лазаревскаго.

Digitized by Google

1861 г., ни какими-либо иными узаконеніями ст. 2259 не была распространена на общества крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости [1]).

Доколѣ же не доказано, что ст. 2259 т. X ч. 2 была распространена на общества крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости, — а такихъ доказательствъ не приводитъ ни сенатъ, ни проф. Лазаревскій, — можно ставить лишь вопросъ о томъ, сохранила ли она свою силу въ настоящее время при взысканіи не со всѣхъ крестьянскихъ обществъ, а лишь единственно и исключительно съ обществъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ. Ни проф. Лазаревскій, ни сенатъ не вводятъ этого необходимаго ограниченія въ постановку спорнаго вопроса, и все время, разсматривая общій вопросъ о порядкѣ частныхъ взысканій со всякихъ крестьянскихъ обществъ, вмѣсто вида, говорятъ о родѣ.

Проф. Лазаревскій приходитъ къ заключенію, что ст. 2259 сохранила свою силу; но въ его изложеніи не вполнѣ ясны тѣ выводы, которые онъ дѣлаетъ изъ этого, въ частности, считаетъ ли возможнымъ проф. Лазаревскій въ настоящее время регулировать ею порядокъ частныхъ взысканій съ крестьянскихъ обществъ [2]). Во всякомъ случаѣ должно замѣтить, что примѣненіе ст. 2259 при взысканіи хотя бы только съ обществъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ, вызвало бы въ настоящее время весьма серьезныя затрудненія.

Сборъ, о коемъ говорится въ ст. 2259 т. X ч. 2 устанавливается, согласно ст. 1255 Общ. Учр. Губ. изд. 1857 г., Палатами Государственныхъ Имуществъ, которыя были упразднены закономъ 18 января 1866 г., при чемъ соотвѣтствующія функціи ихъ никакому иному учрежденію не были переданы [3]).

Это признаетъ, кажется, и проф. Лазаревскій, который замѣчаетъ, что «прежнія полномочія палатъ государственныхъ имуществъ

---

[1]) То обстоятельство, что въ Положеніяхъ 19 февраля 1861 г. нѣтъ никакихъ упоминаній о статьѣ 2259, признается и проф. Лазаревскимъ и рѣшеніемъ Сената отъ 11 января 1878 г.

На стран. 41 статьи проф. Лазаревскаго, «Отвѣтственность по долгамъ сельскихъ обществъ» читаемъ: «Что же касается... частныхъ взысканій съ крестьянскихъ обществъ, то по этому вопросу въ дореформенномъ законодательствѣ существовало опредѣленное правило (приведенная ст. 2259 Зак. Суд. Гражд.), а въ Положеніяхъ 19 февраля никакихъ правилъ по этому вопросу не было».

Въ рѣшеніи 11 января 1878 имѣется такое мѣсто: «...такимъ образомъ, хотя въ Положеніяхъ 19 февраля 1861 не содержится особыхъ правилъ относительно взысканія частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ...»

[2]) Стран. 38 статьи проф. Лазаревскаго, «Отвѣтственность по долгамъ сельскихъ обществъ».

[3]) Палаты Государственныхъ имуществъ были замѣнены Управленіями Государственныхъ имуществъ.

Digitized by Google

по установленію мірскихъ сборовъ въ обществахъ казенныхъ крестьянъ (ст. 1255 т. II ч. 1 общ. учр. губ. изд. 1857 г.) отпали».

Такимъ образомъ, исходя изъ теоріи, что ст. 2259 сохранила силу, приходится принять слѣдующее положеніе: законъ оставилъ въ силѣ прежній особый порядокъ производства частныхъ взысканій съ обществъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ, но упразднивъ палаты государственныхъ имуществъ, онъ уничтожилъ органъ, являвшійся необходимымъ условіемъ (conditio sine qua non) его существованія.

Намъ кажется, что уже одно это обстоятельство ставитъ едва преодолимыя препятствія производству частныхъ взысканій съ обществъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ въ порядкѣ прежней ст. 2259; на практикѣ оно свелось бы къ полной безотвѣтственности ихъ по частнымъ взысканіямъ, что едва ли соотвѣтствуетъ волѣ законодателя. Однако, хаотичность, запутанность и противорѣчивость русскаго законодательства о крестьянахъ заставляетъ насъ оговориться, что сами по себѣ высказанныя соображенія не являются, конечно, рѣшающимъ аргументомъ противъ теоріи, признающей ст. 2259 сохранившей понынѣ силу; эти соображенія имѣютъ гораздо болѣе скромное значеніе — указанія, напоминающаго о необходимости болѣе точнаго анализа доктрины, которая приводитъ въ своихъ выводахъ къ весьма страннымъ результатамъ.

Въ заключеніе позволимъ себѣ указать на фактическую неточность, вкравшуюся въ разсматриваемую статью проф. Лазаревскаго: «Отвѣтственность по долгамъ сельскихъ обществъ». Говоря о жестокой несправедливости и разорительности для отдѣльныхъ членовъ крестьянскаго общества того порядка взысканія, который былъ установленъ опредѣленіемъ сената 11 января 1878 г., указывая, что это рѣшеніе установило не только круговую поруку, но ввело даже солидарную отвѣтственность безъ права регресса, проф. Лазаревскій называетъ отношеніе сената и мин. внутр. дѣлъ въ этомъ вопросѣ къ крестьянамъ «безпощаднымъ»[1]) и замѣчаетъ: «Этотъ порядокъ, насколько намъ извѣстно, дѣйствительно примѣняется и признается мин. внутр. дѣлъ вполнѣ законнымъ»[2]). Однако, только что приведенныя положенія въ части, касающейся мин. внутр. дѣлъ, отчасти покоются на недоразумѣніи. Еще 2 іюня 1911 г., т.-е. за два съ половиной года до появленія статьи проф. Лазаревскаго, мин. внутр. дѣлъ признало «этотъ порядокъ» незаконнымъ и уничтожило не только солидарную отвѣтственность,

---

[1]) Стран. 46 статьи проф. Лазаревскаго.
[2]) Стран. 32 статьи проф. Лазаревскаго.

Digitized by Google

но даже круговую поруку. Этому вопросу посвящено разъясненіе мин. внутр. дѣлъ отъ 2 іюня 1911 г. за № 14666. Заключительная часть его гласитъ слѣдующее:

«Имѣя въ виду, что содержавшіяся по сему предмету въ Положеніи 19 февраля 1861 г. правила (ст. 190, 191) замѣнены нынѣ для значительной части Имперіи Высочайше утвержд. 23 іюля 1899 г. Полож. о порядкѣ взысканія окладныхъ сборовъ съ надѣльныхъ земель сельскихъ обществъ (ст. 240 и слѣд. Общ. Полож.), министерство пришло къ заключенію, что по отношенію къ означеннымъ мѣстностямъ разсматриваемое разъясненіе должно быть понимаемо въ настоящее время въ смыслѣ производства упоминаемыхъ въ немъ взысканій примѣнительно къ порядку, установленному означенными Положеніями. Изъ этого въ свою очередь вытекаетъ, что за воспослѣдовавшей 12 марта 1903 г. отмѣной для указанныхъ мѣстностей круговой поруки, послѣдняя не можетъ быть въ нихъ примѣняема и къ случаямъ производства взысканія съ сельскихъ обществъ частныхъ долговъ, если только такая порука не была спеціально установлена въ самомъ актѣ или договорѣ, на основаніи котораго производится данное взысканіе. На основаніи изложеннаго, мин. внутр. дѣлъ нашло, что, согласно стт. 4 и 6 прилож. къ ст. 6. Общ. Пол. частныя взысканія, производимыя съ сельскихъ обществъ, должны быть обращаемы сначала на имущество, принадлежащее всему сельскому обществу, а затѣмъ уже на имущество отдѣльныхъ домохозяевъ по раскладкѣ производимой сельскими или волостными сходами»[1]).

Приведенное разъясненіе мин. вн. дѣлъ, вносящее значительныя улучшенія въ порядокъ, установленный опредѣленіемъ 11 января 1878 г. и приближающееся къ доктринѣ, раньше установленной сенатской практикой при взысканіи съ другихъ органовъ самоуправленія[2]), все же должно быть признано неудовлетворительнымъ.

Оно незаконно: учитывая отмѣну круговой поруки, оно все же цѣликомъ покоится на совершенно несостоятельной и не соотвѣтствующей закону аргументаціи опред. 11 января 1878 г.[3]) и произвольно устанавливаетъ отвѣтственность членовъ крестьянскаго общества за долги этого общества.

Оно страдаетъ неопредѣленностью и неясностью, вовсе не указывая характера, размѣровъ и основаній, по которымъ должна быть

---

[1]) «Извѣстія Земскаго отдѣла», за 1911 г., стран. 361 см. также ук. 2 деп. 3 фев. 1914 г. № 982.

[2]) См. часть IV настоящей статьи.

[3]) См. часть V настоящей статьи.

Digitized by Google

произведена устанавливаемая имъ раскладка долга между отдѣльными членами крестьянскаго общества.

VIII. Резюмируя изложенное, слѣдуетъ признать, что какъ оба руководящихъ и взаимно противорѣчащихъ другъ другу опредѣленія 1-го деп. прав. сената 23 іюня 1871 г. и 11 января 1878 г., такъ и статья проф. Лазаревскаго, кореннымъ образомъ отрицающая доктрину сената о порядкѣ взысканія частныхъ долговъ съ крестьянскихъ обществъ, при всемъ различіи высказываемыхъ воззрѣній, объединяются неправильностью въ постановкѣ вопроса. Ни сенатъ въ приведенныхъ опредѣленіяхъ, ни проф. Лазаревскій въ указанной статьѣ, не производятъ необходимаго для правильнаго разрѣшенія обсуждаемой проблемы расчлененія между порядкомъ производства частныхъ взысканій по рѣшеніямъ общихъ и крестьянскихъ судовъ, а также между порядкомъ производства частныхъ взысканій съ обществъ бывшихъ крѣпостныхъ крестьянъ и съ обществъ крестьянъ, бывшихъ государственныхъ. Такъ, сенатъ въ опредѣленіи 23 іюля 1871 г. разрѣшаетъ въ утвердительномъ смыслѣ единый для него вопросъ о сохраненіи силы за стт. 384—407 Уст. о благ. послѣ введенія въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ, совершенно не учитывая того обстоятельства, что Судебные Уставы, въ частности Уст. гражд. суд., могли оказать вліяніе только на исполненіе рѣшеній общихъ судовъ, процессуальныхъ же нормъ по исполненію рѣшеній крестьянскихъ судовъ они вовсе не коснулись, и что посему обсужденію и разрѣшенію подлежатъ не одинъ, а два различныхъ по своей юридической природѣ вопроса.

Далѣе, сенатъ въ опредѣленіи 11 января 1878 г. и проф. Лазаревскій различно разрѣшаютъ также единый для нихъ вопросъ о томъ, сохранила ли ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г. свою силу при взысканіи съ крестьянскихъ обществъ: сенатъ считаетъ ее отмѣненной; проф. Лазаревскій полагаетъ, что она сохранена; но ни сенатъ, ни проф. Лазаревскій не приводятъ вовсе доказательствъ того, чтобы ст. 2259, установленная для нормированія взысканій съ обществъ государственныхъ крестьянъ, когда-либо была распространена и на общества крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости.

Такимъ образомъ, на различные по своей природѣ вопросы даются общіе суммарные отвѣты, конечно, обреченные на неудачу и образующіе въ своей совокупности, согласно терминологіи профессора Петражицкаго, нѣчто въ родѣ «прыгающей теоріи» (распространеніе положеній, справедливыхъ относительно вида, на цѣлый родъ).

Digitized by Google

Но и послѣ введенія надлежащихъ исправленій въ постановку вопроса, разбираемаго въ опредѣленіяхъ сената 23 іюля 1871 г. и 11 января 1878 г. и въ статьѣ проф. Лазаревскаго, мы приходимъ къ выводамъ по изслѣдуемому вопросу, которые существенно разнятся отъ доктрины сената и проф. Лазаревскаго.

Въ согласіи съ проф. Лазаревскимъ, мы полагаемъ, что порядокъ взысканія съ крестьянскихъ обществъ, установленный опредѣленіемъ 1-го деп. сената 11 января 1878 г., незаконенъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ же опредѣленіемъ, но при значительномъ расхожденіи въ мотивахъ, мы считаемъ ст. 2259 т. X ч. 2 изд. 1857 г., вопреки мнѣнію проф. Лазаревскаго, отмѣненной.

Вопреки опредѣленію 1-го деп. сената 23 іюля 1871 г. мы думаемъ, что стт. 384—407 Уст. о благ.[1]) сохранили силу при исполненіи рѣшеній только крестьянскихъ судовъ; примѣненіе же стт. 384—407 Уст. о благ. при исполненіи рѣшеній общихъ судовъ отмѣнено Судебными Уставами 1864 г., въ коихъ не содержалось указаній объ установленіи какихъ-либо процессуальныхъ изъятій при взысканіяхъ съ отдѣльныхъ крестьянъ; только при производствѣ дѣлъ по взысканіямъ съ крестьянскихъ обществъ было допущено одно изъятіе, предусмотрѣнное первоначальнымъ текстомъ п. 2 ст. 343 Уст. гр. суд. (нынѣ отмѣненнаго закономъ 1911 г.). Слѣдовательно, порядокъ взысканія по рѣшеніямъ крестьянскихъ судовъ долженъ нормироваться въ настоящее время ст. 6 Общ. Полож., прил. I къ нему и ст. 20 Общ. Полож. изд. 1902 г. Взысканія же по рѣшеніямъ общихъ судовъ, какъ съ отдѣльныхъ крестьянъ, такъ и цѣлыхъ крестьянскихъ обществъ, должны регулироваться нормами Устава гражд. суд. съ изъятіемъ, установленнымъ ст. 20 Общ. Полож. при обращеніи взысканій на надѣльныя земли.

Ст. 6 Общ. Полож. изд. 1902 г. (по прод. 1910 г.) неправильно, по нашему мнѣнію, редактирована ея кодификаторами; она подлежитъ исправленію въ смыслѣ распространенія ея постановленій на взысканія съ крестьянъ при исполненіи рѣшеній однихъ только крестьянскихъ судовъ.

Приложеніе же II къ ст. 6 Общ. Полож. о крестьянахъ изд. 1902 г. (по прод. 1906 г.), а затѣмъ п. 1 примѣч. 1 къ ст. 935 и н. 10 ст. 973 Уст. гражд. суд., должны быть признаны лишенными законнаго основанія. Источники ихъ — сенатскіе указы — не могутъ быть признаны хотя бы авторитетными разъясненіями смысла закона. Косвенную опору прилож. II къ ст. 6 Общ. Полож., правда, находитъ

---

[1]) Сохранившія силу узаконенія, ранѣе составлявшія ст. 384—407 Уст. о благ., теперь образуютъ прил. I къ ст. 6 Общ. Пол., изд. 1902 г. по прод. 1910 г.

Digitized by Google

себѣ нынѣ въ зак. 29 декабря 1889 г. — «Правила о производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ коихъ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ». Ст. 106 этихъ Правилъ постановляетъ, что рѣшенія земскаго начальника и городского судьи приводятся въ исполненіе... «относительно крестьянъ съ соблюденіемъ... правилъ, содержащихся въ ст. 6 и прилож. II къ ней Общ. Полож. о крестьянахъ (по прод.) и въ ст. 62 Полож. о вык.»[1]). Но когда законъ о мѣстномъ судѣ 1912 г. будетъ введенъ повсемѣстно, «Правила» 1889 г. утратятъ силу; вмѣстѣ съ тѣмъ, разсматриваемое прилож. II лишится единственной своей опоры и должно быть, вообще, исключено изъ Свода Законовъ.

Н. Е. Шевелевичъ.

[1]) Ст. 62 Пол. о вык. имѣла въ виду обезпеченіе исправнаго взноса выкупныхъ платежей и, за прекращеніемъ послѣднихъ, утратила силу.

Digitized by Google

Коллизіонныя нормы въ юриспруденціи XIV—XX вв. о состояніи лица.

Все культурное человѣчество раздѣлено, независимо отъ политическихъ дѣленій, на множество гражданскихъ обществъ, объединяемыхъ каждое своимъ особымъ правопорядкомъ. Въ настоящее время огромное большинство этихъ правопорядковъ имѣетъ территоріальныя границы. На территоріи каждаго изъ нихъ живутъ и совершаютъ юридическія дѣйствія люди, привязанные своимъ подданствомъ или постояннымъ мѣстожительствомъ къ правопорядкамъ другихъ гражданскихъ обществъ, или, — говоря коротко, но не точно, — иностранцы. О каждомъ физическомъ членѣ гражданскаго общества, когда онъ такъ или иначе проявляетъ себя въ гражданскомъ оборотѣ, тѣ, кто съ нимъ соприкасаются, спрашиваютъ, можетъ ли онъ вообще обладать гражданскими правами и имѣть обязанности, и, если можетъ, то способенъ ли онъ распоряжаться своими правами и обязываться. И тѣ же вопросы о правоспособности и о дѣеспособности ставятся и относительно иностранцевъ. Они ставятся, впрочемъ, еще и на болѣе широкомъ основаніи, потому что гражданскія общества обмѣниваются не только людьми, но и юридическими сдѣлками, заключенными на территоріи одного и производящими свой эффектъ на территоріи другого; и потому о любомъ участникѣ заграничной сдѣлки могутъ быть поставлены тѣ же вопросы о правоспособности и о дѣеспособности, когда она должна осуществиться на территоріи другого гражданскаго общества[1]).

Всякое субъективное право имѣетъ свое основаніе въ правѣ объективномъ, т.-е. въ какомъ-либо опредѣленномъ гражданскомъ правопорядкѣ. Оттого и сказать, правоспособенъ ли и дѣеспособенъ ли иностранецъ (или любой участникъ заграничной сдѣлки),

[1]) Примѣръ: въ странѣ живутъ супруги, вступившіе въ бракъ за границей имѣли ли они право на вступленіе въ этотъ бракъ? Если нѣтъ, они не законные супруги.

Digitized by Google

можно только послѣ предварительнаго отвѣта на вопросъ, въ какомъ изъ правопорядковъ надлежитъ объ этомъ справиться. Этотъ предварительный отвѣтъ содержится въ коллизіонныхъ нормахъ или въ нормахъ международнаго частнаго права. Но само международное частное право не начертано въ какомъ-либо одномъ всемірномъ кодексѣ; каждый правопорядокъ имѣетъ свои коллизіонныя нормы, часто даже не писанныя въ законѣ, а дремлющія въ судейскомъ правосознаніи и выявляющіяся въ судебной практикѣ. И потому коллизіонныя нормы разныхъ правопорядковъ могутъ давать на одинъ и тотъ же вопросъ разные отвѣты. Это — фактъ, съ которымъ современное правосознаніе считается, но не мирится, и потому рядомъ съ изученіемъ существующихъ нормъ идетъ работа юриспруденціи всѣхъ странъ, направленная къ выработкѣ нормъ для возможнаго будущаго единаго международнаго частнаго права. Этими двумя фактами опредѣляется задача предлагаемаго изслѣдованія о коллизіонныхъ нормахъ о правоспособности и о дѣеспособности. Исторія юридическихъ доктринъ покажетъ, какъ были подготовлены коллизіонныя нормы, дѣйствующія въ разныхъ современныхъ правопорядкахъ. Въ интересахъ возможнаго единаго конфликтнаго права вопросъ объ этихъ нормахъ долженъ быть поставленъ и съ точки зрѣнія de lege ferenda.

I.

Предварительно необходимо указать на особое затрудненіе на пути къ этому изслѣдованію. Содержаніе коллизіонныхъ нормъ, которыя въ разное время формулировались отдѣльными юристами или же въ судебныхъ рѣшеніяхъ и въ кодексахъ, часто можетъ быть понято только съ трудомъ, а слѣдовательно, и ошибочно, потому что въ языкахъ, на которыхъ говорятъ юристы и законодатели, нѣтъ однообразной терминологіи для обозначенія юридическизначительныхъ свойствъ физическаго лица. Терминовъ, съ которыми свыклись юристы, воспитавшіеся на нѣмецкой юриспруденціи XIX вѣка, правоспособность, Rechtsfähigkeit, и дѣеспособность, Handlungsfähigkeit, не знаютъ ни французская или итальянская юриспруденція, ни англійская: онѣ употребляютъ только слова состояніе, état, stato, status, и способность, capacité, capacità, capacity. Вслѣдствіе этого, когда, напр., французскій юристъ или законъ говорятъ о состояніи, то невозможно сразу понять, о чемъ идетъ рѣчь, потому что это слово обозначаетъ разныя свойства, разно оцѣниваемыя матеріальнымъ правомъ и потому вызывающія разныя коллизіонныя нормы. А когда они говорятъ

Digitized by Google

о capacité, то неизвѣстно, имѣютъ ли они въ виду правоспособность или дѣеспособность, хотя сами они предлагаютъ разныя коллизіонныя нормы для первой и для второй. Съ другой стороны термины нѣмецкой юриспруденціи «дѣеспособность» и «правоспособность» слишкомъ абстрактны, чтобы коллизіонныя нормы о нихъ могли дѣйствовать удовлетворительно.

Въ этой терминологіи слова французской и англійской юриспруденціи ближе къ тѣмъ, которыя употреблялись римскими юристами. У послѣднихъ со времени Юліана (II вѣка) часто встрѣчается слово status, но оно не имѣетъ у нихъ значенія техническаго термина. Оно означаетъ только фактическое состояніе, на которомъ основаны права или положеніе лица въ гражданскомъ обществѣ; таковъ его смыслъ въ сочетаніяхъ status dignitatis, st. ingenuitatis, st. libertatis. Обыкновенно оно употреблялось для обозначенія положенія гражданина и paterfamilias въ противоположность рабу и alieno iuri subiecto[1]); однако, и о рабѣ говорятъ, что у него status servi[2]). Извѣстное различеніе трехъ состояній — st. libertatis, st. civitatis, st. familiae — принадлежитъ не римлянамъ, а позднѣйшимъ юристамъ. Отъ римскихъ юристовъ слово status перешло къ французскимъ, и кодексъ 1804 г. усвоилъ его въ формѣ равнозначащаго état. Оно, судя по объясненію, напр., Планіоля, обозначаетъ опредѣленныя свойства, которыя законъ беретъ въ соображеніе, чтобы съ ними связать юридическія послѣдствія; таковы свойства француза, совершеннолѣтняго, супруга, законнорожденнаго. Назвать состояніе лица значитъ его квалифицировать съ одной изъ трехъ возможныхъ точекъ зрѣнія: съ политической, съ частноправовой или съ физической. Или, другими словами, каждое лицо имѣетъ три состоянія: политическое, по отношенію къ государству (подданство или иностранство; активное гражданство или несостоятельность); частноправовое, по отношенію къ семьѣ (супружество, родство или свойство); физическое, не предполагающее особаго отношенія къ другимъ лицамъ, но опредѣляемое простымъ сравненіемъ съ другими или съ послѣдовательными состояніями его самого (полъ, возрастъ, безуміе и слабоуміе). Состояніе производитъ два рода юридическихъ послѣдствій: 1) оно служитъ для опредѣленія числа и природы правъ и обязанностей лица; такъ, у гражданина или у супруга иныя права, чѣмъ у негражданина или у неженатаго; 2) состояніемъ опредѣляется, способно ли лицо само распоряжаться своими правами и исполнять свои обязан-

[1]) Baron, Pandekten, 1893, pp. 48 ss.
[2]) L. 86 § 2 D. de leg. I.

Digitized by Google

ности; его называютъ capable или incapable въ зависимости отъ того, есть у него эта способность или нѣтъ ея[1]). Достаточно этого объясненія о двухъ разныхъ послѣдствіяхъ состоянія, чтобы видѣть, насколько мало понятна и неудовлетворительна всякая коллизіонная норма, которая заразъ регулируетъ выборъ матеріальнаго закона объ обоихъ: въ самомъ дѣлѣ, ни одно государство не согласится, чтобы вопросъ о томъ, есть ли данное лицо его подданный, рѣшался по иностраннымъ законамъ; но многія государства признаютъ своихъ подданныхъ состоящими въ законномъ бракѣ, если они вступили въ него не только по формѣ иностранныхъ законовъ, но и въ соотвѣтствіи съ матеріальными требованіями этихъ законовъ; и всякое государство можетъ допустить, чтобы способность его подданныхъ къ заключенію сдѣлокъ обсуждалась не по его закону, а по закону мѣста совершенія сдѣлки. Ясно, что для коллизій между законами объ état et capacité необходимы и существуютъ на самомъ дѣлѣ разныя нормы; но только добраться до нихъ можно съ трудомъ.

Еще бо́льшую путаницу вноситъ въ пониманіе терминъ capacité. Слово capacitas было также извѣстно римскимъ юристамъ, но они никогда не употребляли его въ томъ смыслѣ, какъ наши современники. Имъ были одинаково чужды понятія абстрактной правоспособности и абстрактной дѣеспособности[2]). Ни одинъ римскій юристъ не говоритъ о способности имѣть права; всѣ они представляли себѣ вполнѣ конкретно, что у гражданина есть ius suffragii et honorum (=политическая правоспособность) и ius connubii et commercii (=гражданская правоспособность). Совокупность этихъ конкретныхъ правъ составляла caput римскаго гражданина. Точно такъ же римскіе юристы говорятъ о человѣкѣ, что онъ capax doli, iniuriae, furandi, obligationis, solutionis, portionis, что онъ способенъ обмануть, обидѣть, украсть, обязаться, заплатить, пріобрѣсти, что heres capax или, напротивъ, nullius capax[3]), способенъ или неспособенъ наслѣдовать, — т.-е. во всѣхъ случаяхъ, что онъ способенъ что-либо конкретное сдѣлать, получить. Но представленія о дѣеспособности, какъ о заранѣе на все готовой, на все направленной, всеобъемлющей способности къ дѣяніямъ, каково бы ни было ихъ содержаніе, capacitas agendi, у римлянъ не было. Новые юристы завладѣли словомъ capacité и стали разумѣть подъ нимъ сразу и правоспособность, и дѣеспособность. Зная état человѣка, гово-

---

[1]) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1906, I, §§. 419—430.
[2]) Pernice, Labeo, I, pp. 97, 103, 107.
[3]) L. 23 D. 47, 2; l. 5 § 2 D. 9, 2; l. 111 pr. D. 50. 17; l. 12 D. 45, 3; l. 98 § 7 D. 46, 3; l. 10 C. 6, 23; l. 29 D. 34; l. 8 C. 6, 59; l. 55 § 1 D. 31 и др.

Digitized by Google

рять они, мы можемъ сказать, имѣетъ ли онъ способность обладать правами, capacité de jouissance, и имѣетъ ли онъ способность распоряжаться ими, capacité d'exercice[1]). Такъ современные французскіе юристы переводятъ нѣмецкія Rechtsfähigkeit и Handlungsfähigkeit. Но въ кодексѣ 1804 г. для этихъ двухъ видовъ capacité нѣтъ разныхъ терминовъ, и мы узнаемъ изъ него, что лицо, достигшее 21 года, capable ко всѣмъ актамъ гражданской жизни (ст. 488), что договариваться можетъ всякое лицо, если оно не объявлено incapable по закону (ст. 1123), и въ то же время, что incapable наслѣдовать тотъ, кто не существуетъ въ моментъ открытія наслѣдства (ст. 725).

Придуманный нѣмецкими юристами терминъ дѣеспособность, въ свою очередь, мало пригоденъ для коллизіонной нормы. Онъ грѣшитъ тѣми же недостатками, что и волевая теорія субъективныхъ правъ; подобно тому, какъ нѣтъ хотѣнія безъ содержанія, а есть только хотѣніе чего-нибудь, и потому нельзя говорить, что право заключается только въ волѣ, такъ и при коллизіи законовъ норма объ абстрактной дѣеспособности нуждается въ поясненіи, о способности къ чему именно идетъ рѣчь. Въ составъ понятія дѣеспособности входитъ и способность къ имущественнымъ сдѣлкамъ между живыми, и способность ко вступленію въ бракъ, и способность завѣщать, и способность къ отвѣтственности за проступки. Всякая коллизіонная норма опредѣляетъ, или что законъ страны отступаетъ назадъ предъ иностранными, или, напротивъ, что онъ сохраняетъ свою компетентность. То или другое содержаніе коллизіонной нормы зависитъ отъ того интереса, который ограждается даннымъ матеріальнымъ закономъ. Совершенно разнородные интересы ставятся на карту, когда человѣкъ признается способнымъ выдать денежное обязательство, или способнымъ вступить въ бракъ, или когда онъ признается способнымъ завѣщать, не говоря уже о томъ, когда поставленъ вопросъ о его вмѣняемости: въ первомъ случаѣ заинтересованы, кромѣ него самого, его контрагенты, во второмъ еще и семья и государство, въ третьемъ только законные наслѣдники, въ четвертомъ общество въ цѣломъ[2]). Поэтому совершенно очевидно, что коллизіонная норма, которая говоритъ о дѣеспособности вообще, не можетъ не требовать исключеній, т.-е. добавочныхъ нормъ. Юриспруденція сдѣлала, безспорно, большой шагъ впередъ, поставивъ на мѣсто римскихъ конкретныхъ capacitates абстрактную дѣеспособность, но для правильнаго фор-

[1]) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, p. 90.

[2]) См., напр., Merlin, Repertoire, Majorité §. 4: состояніе лица не имѣетъ вліянія на распредѣленіе его движимаго имущества послѣ его смерти; способность завѣщать не имѣетъ ничего общаго съ состояніемъ лица въ собственномъ смыслѣ.

Digitized by Google

мулированія коллизіонныхъ нормъ нѣкоторая конкретизація этого понятія безусловно необходима. Въ Германіи это поняли и потому отдѣльно говорятъ о нормахъ для «способности къ сдѣлкамъ между живыми (Geschäftsfähigkeit)», о «завѣщательной способности» и о «вмѣняемости».

И точно такъ же для тѣхъ же цѣлей не вполнѣ пригодно абстрактное понятіе правоспособности. Многіе изъ нѣмецкихъ юристовъ, занимающихся конфликтнымъ правомъ, различаютъ поэтому общую правоспособность и спеціальную правоспособность; подъ первой они разумѣютъ состояніе субъектности, или способность вообще быть субъектомъ гражданскаго права; подъ второю — способность быть носителемъ конкретныхъ гражданскихъ правъ. Это различеніе представляется нѣкоторымъ юристамъ, напр. Цительману, праздпымъ; однако, если оно не имѣетъ практическаго значенія для коллизіонныхъ нормъ о правоспособности физическихъ лицъ, то для юридическихъ лицъ оно прямо необходимо, потому что для общей правоспособности или субъектности юридическихъ лицъ можетъ быть компетентенъ ихъ личный статутъ, а для спеціальной — всегда компетентенъ только дѣйственный статутъ. Слѣдовательно, и здѣсь для правильнаго формулированія коллизіонныхъ нормъ на мѣсто одного понятія правоспособности слѣдовало бы создать два разныхъ: «субъектность» и «правоспособность».

II.

Предыдущія замѣчанія нужно имѣть въ виду при ближайшемъ ознакомленіи съ литературою постглоссаторовъ (XIV и XV вв.) и статутаріевъ (XVI—XVIII вв.), которая подготовила нынѣ дѣйствующія у разныхъ народовъ коллизіонныя нормы: когда они говорятъ о нормѣ для способности къ составленію завѣщанія, то это вовсе еще не значитъ, что они то же самое сказали бы и для способности къ сдѣлкамъ между живыми.

Знакомство съ этой литературой можетъ быть достигнуто только путемъ чтенія текстовъ самихъ старыхъ юристовъ; отнюдь не слѣдуетъ полагаться на писанія даже наиболѣе прославленныхъ современныхъ авторовъ, хотя бы самого Лене, сочиненіе котораго всегда цитируется, какъ самое авторитетное для исторіи конфликтнаго права. Лене — фанатикъ идеи, что состояніе и способность должны всегда обсуждаться по личному статуту; онъ соглашается жертвовать ею только, когда къ этому есть препятствіе въ «публичномъ порядкѣ» страны. Эту идею Лене ищетъ у старыхъ юристовъ, одобряетъ тѣхъ, у кого она есть, и осуждаетъ ея противни-

Digitized by Google

ковъ. Подходя къ писаніямъ этихъ юристовъ съ предвзятою мыслью, Лене не разъ читаетъ въ текстахъ то, чего въ нихъ нѣтъ. Такъ, первыя указанія на коллизіонную норму о состояніи и способности Лене находитъ уже въ Глоссѣ Аккурсія († 1260) и у Дурантиса († 1296) [1]). Но для этого нуженъ избытокъ доброй воли. Въ знаменитой глоссѣ о томъ, что «болонца нельзя судить по статутамъ Модены потому, что онъ имъ не подчиненъ», Лене потому видитъ правило, относящееся къ состоянію и способности, что такъ понималъ это мѣсто Павелъ де Кастро. Но Аккурсій, хотя и работалъ всю свою долгую жизнь надъ составленіемъ «Глоссы», могъ помѣстить приведенную фразу уже въ 1227 г., когда онъ трудился надъ кодексомъ [2]). Возможно даже, что эта фраза попала въ «Глоссу» Аккурсія послѣ него; по крайней мѣрѣ Чино († 1336) говоритъ о ней, какъ о добавочной [3]); но и въ такомъ случаѣ она была въ «Глоссѣ» не позже конца XIII вѣка. Между тѣмъ Павелъ де Кастро умеръ въ 1441 г., и потому его свидѣтельство о томъ, что думалъ юристъ, написавшій эту фразу 200 или 150 лѣтъ до него, не можетъ годиться для разрѣшенія вопроса о ея конкретномъ значеніи. Напротивъ, больше основанія видѣть въ ней вмѣстѣ съ Чино только рѣшеніе вопроса, «какъ и когда статуты обязываютъ иностранца». О Дурантисѣ же Лене говоритъ, что у него (въ его Speculum iuris) есть темное мѣсто, гдѣ рѣшается, что «способность иностранца должна обсуждаться по статуту его домицилія». Текстъ, дѣйствительно, нѣсколько запутанный, но только говоритъ онъ совсѣмъ другое: въ Генуѣ, гдѣ жена не можетъ наслѣдовать мужу, житель Фландріи составилъ, согласно фландрскому обычаю, завѣщаніе въ пользу жены; ей, ссылаясь на генуэзскій обычай, не хотятъ выдать наслѣдство; процессъ ведется во Фландріи (ubi litigatur), и Дурантисъ рѣшаетъ, что, согласно обычаю Фландріи, жена должна наслѣдство получить. Непосредственно передъ этимъ Дурантисъ приводитъ другой казусъ, когда спорящія стороны принадлежатъ къ мѣстностямъ съ разными обычаями; тогда судья долженъ рѣшить по обычаю мѣста заключенія сдѣлки. Очевидно, этому случаю Дурантисъ хочетъ противопоставить другой, когда рѣшающее значеніе имѣетъ статутъ судьи или статутъ завѣщателя, — что̀ именно изъ двухъ, неясно [4]). Но во всякомъ случаѣ текстъ

---

[1]) Lainé, Introduction au droit internat. privé, II, p. 118.
[2]) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, V, p. 281.
[3]) Cyni Pistoriensis, Super codice et digesto veteri lectura, Lugduni, 1547, fol. 2 v°. (цит. у В. Э. Грабаря, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій, 1901, p. 211).
[4]) Durantis, Speculator, Lib. 2 part. III, § 5, 2; цит. по перепечаткѣ Meili въ «Zeitschrift für intern. Privatr.», VI.

Digitized by Google

Дурантиса ничего не говоритъ о томъ, какъ слѣдуетъ въ Генуѣ обсуждать способность жителя Фландріи, — а только для этого Лене и вспоминаетъ о немъ.

Возможно, что правило, которое Лене вычиталъ у Дурантиса, имѣется уже у Бартола († 1357), но утверждать это можно только съ большою осторожностью. Слѣдуетъ помнить, что Бартолъ писалъ комментаріи къ источникамъ римскаго права и что въ его глазахъ, такъ же, какъ и для глоссаторовъ до него и для его учениковъ послѣ него, статуты представляли только исключеніе изъ римскаго права. Такъ, у глоссатора Ацо († около 1230) мы находимъ въ ряду опредѣленій понятія ius civile, поясненіе, что такъ называется и статутъ любой политической общины (cuiuslibet civitatis); но, замѣчаетъ Ацо, тамъ, гдѣ не указано, какой общины, разумѣется право римскихъ гражданъ [1]). Съ другой стороны, у ученика Бартола, у Бальда († 1400), мы читаемъ положеніе, что всѣ народы могутъ издавать для себя статуты, но «гдѣ кончается статутъ, тамъ дѣйствуетъ ius civile», т.-е. римское право [2]). А самъ Бартолъ, говоря, что существуетъ право выше, ниже и равное ius civile, правомъ, стоящимъ ниже цивильнаго, называетъ iura propria civitatum, т.-е. статуты и обычаи отдѣльныхъ политическихъ общинъ [3]). Согласно политической теоріи Бартола, всѣ христіанскіе народы, какъ тѣ, которые, подобно населенію Германіи, прямо подвластны римскому императору, такъ и тѣ, которые хоть сколько-нибудь признаютъ его авторитетъ, каковы города Тосканы и Ломбардіи, и тѣ народы, которые вовсе не признаютъ его власти, какова Венеція, основывающая свою независимость на привилегіи, или какова папская область, отошедшая отъ имперіи по договору (дареніе Константина В.), или Франція и Англія, освободившіяся отъ власти императора въ силу давности, — всѣ они образуютъ одинъ римскій народъ [4]). Конечно, въ эпоху Бартола не было больше законодательной власти у римскихъ сената и народа, но то, что содержалось въ источникахъ римскаго права, имѣло въ его глазахъ универсальное значеніе. Онъ хорошо понималъ, что содержанія римскихъ законовъ и сенатусконсультовъ недостаточно для всѣхъ потребностей жизни; потому, говорилъ онъ, мы и видимъ, какъ ежедневно возникаютъ въ каждой civitas новые статуты, но эти статуты стоятъ въ подчинен-

---

[1]) Azo, Summa in primum librum institutionum, editio Basileae, 1563, p. 1072; цит. см. у Грабаря, op. cit. стран. 58.

[2]) Baldus, In primam Dig. Vet. partem Commentarii, ed. Venetiis, 1615, fol. 13; цит. тамъ же, стран. 205.

[3]) Bartolus, Opera, ed. Venetiis, 1615, tom. X, fol. 105; цит. тамъ же, стран. 195.

[4]) Ср. Woolf, Bartolus of Saxoferrato, Cambridge, 1913, p. 146 сл.

Digitized by Google

номъ отношеніи къ ius commune: civitas можетъ издавать статуты только о томъ, что подчинено ея юрисдикціи; ея статуты не могутъ предписывать того, что прямо запрещено по ius commune, и могутъ постановлять только о томъ, что этимъ общимъ правомъ не запрещено, лишь бы оно не противорѣчило добрымъ нравамъ и общественной пользѣ[1]).

Изъ всего этого вытекаетъ слѣдующее руководящее правило при чтеніи текстовъ постглоссаторовъ: всякій разъ, когда они говорятъ, что статутъ не имѣетъ силы, это не значитъ еще, что имѣетъ силу статутъ другой политической общины, а скорѣе всего значитъ, что дѣйствуетъ римское право. И потому, если въ текстахъ говорится, что къ иностранцамъ не примѣняется мѣстный статутъ итальянскаго города, то prima facie это значитъ, что дѣйствуетъ римское право, и нужно особое доказательство того, что по мысли комментатора въ этомъ случаѣ долженъ быть примѣненъ статутъ другого итальянскаго города. Съ этимъ предупрежденіемъ мы переходимъ къ разсмотрѣнію мѣстъ комментарія Бартола, относящихся къ дѣеспособности лицъ. Бартолъ спрашиваетъ: что, если статутъ содержитъ распоряженіе о лицѣ (disponit circa personam), напр., что «подвластный сынъ можетъ завѣщать»: будетъ ли имѣть силу завѣщаніе, составленное здѣсь (т.-е. на территоріи статута) подвластнымъ сыномъ-иностранцемъ (forensis)? Нѣтъ, отвѣчаетъ Бартолъ, потому что статуты не могутъ дѣлать какихъ-либо распоряженій о самомъ лицѣ (circa ipsam personam aliquid disponere). Если статутъ создаетъ своимъ распоряженіемъ какое-либо препятствіе для лица (disponit impediendo personam), напр., «мужъ не можетъ назначать свою жену наслѣдницей», то это не мѣшаетъ иностранцу составить завѣщаніе въ пользу своей жены. Говоря дальше о правѣ наслѣдованія по закону, Бартолъ повторяетъ, что распоряженіе статута о лицахъ не простирается на иностранцевъ[2]). Изъ этихъ текстовъ нельзя ничего извлечь для нормы о способности къ сдѣлкамъ между живыми. Статутъ итальянскаго города узаконяетъ отступленіе отъ римскаго права: для завѣщателя-негорожанина и для наслѣдованія послѣ иностранца не имѣютъ значенія мѣстные статуты. Вотъ все, что говоритъ Бартолъ; о томъ, какой законъ въ этихъ случаяхъ компетентенъ, онъ не говоритъ. Скорѣе можно бы видѣть подтвержденіе тезиса Лене въ томъ мѣстѣ, гдѣ Бартолъ, приведя примѣры статутовъ, воспрещающихъ подвластнымъ лицамъ извѣстныя сдѣлки и дѣйствующихъ за границей на томъ основаніи,

[1]) Comment. in Dig. Vet. partem primam, § 26, цит. у Woolf, p. 151.
[2]) Bartoli in primam Codicis partem Commentaria. § 25 ss., перепечатано Meili въ «Zeitschrift» f. L. P. R., IV.

Digitized by Google

что воспрещеніе имѣетъ цѣлью благо лица, прибавляетъ: «точно такъ же, если лицо признано въ своемъ судебномъ округѣ расточителемъ (cui in suo iudicio bonis interdicitur), то это имѣетъ всеобщее значеніе (intelligitur generaliter), «потому что эта интердикція, какъ благожелательная, дабы не погибли его имущества, простираетъ свой эффектъ повсемѣстно, гдѣ бы ни находились имущества» (§ 32). Но можно сомнѣваться, дѣйствительно ли это означаетъ, что способность лица распоряжаться своимъ имуществомъ обсуждается по статуту его домициля, или же Бартолъ хотѣлъ дать только простую иллюстрацію положенія римскаго права о повсемѣстной силѣ судебнаго опредѣленія; чтобы утверждать первое, нужно бы установить существованіе во времена Бартола такого статута, который, подобно тому, что мы видимъ теперь въ Англіи, отвергалъ вообще возможность ограниченія дѣеспособности расточителей. Но и тогда слова Бартола имѣли бы только то значеніе, что римское право выше статутнаго. Такимъ образомъ, не только нельзя утверждать, что уже Бартолъ признавалъ компетентнымъ законъ домициля для сужденія о способности лица къ сдѣлкамъ между живыми, но невозможно даже говорить, что онъ вопросъ этотъ ставилъ.

Впервые отвѣтъ на вопросъ, какъ обсуждать способность иностранца къ сдѣлкамъ между живыми, а не только къ составленію завѣщанія, встрѣчается у Бальда[1]). Со свойственною этому замѣчательному юристу отчетливостью мысли, онъ расчленяетъ вопросы, чтобы подойти къ предмету съ разныхъ точекъ зрѣнія. Въ этомъ сказывается вліяніе схоластики, роль которой въ юриспруденціи была только благотворна. Статутъ можетъ расширять способность лица (habilitare) и ограничивать ее: вотъ два возможныхъ подхода къ предмету. Итакъ, «сперва спросимъ о статутѣ абилитирующемъ, можетъ ли онъ абилитировать иностранцевъ на территоріи самого статута?» Нѣтъ, потому что статутъ не можетъ легитимировать лицо, ему не подданное. Слѣдовательно, если, напр., статутъ позволяетъ подвластному сыну завѣщать, то иностранный подвластный сынъ, придя сюда, завѣщать не можетъ (§ 58). «Даю правило: статутъ не можетъ абилитировать лицо, ему не подданное (§ 78)». «Но теперь спрошу такъ: имѣетъ ли этотъ абилитирующій статутъ силу для подданнаго, когда онъ отправится за границу и будетъ тамъ контрагировать или иначе дѣйствовать; напр., будетъ ли имѣть силу завѣщаніе подвластнаго

[1]) Baldi Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum de summa Trinitate, цит. по перепечаткѣ Meili въ «Zeitschrift» f. L. P. R. Bd. IV.

Digitized by Google

сына, составленное имъ на основаніи такого статута за границей? Повидимому (videtur), да; потому что право абилитаціи касается лица и имѣетъ силу и внѣ территоріи, и можетъ его квалифицировать, т.-е. абилитировать, повсемѣстно. Слѣдовательно, по меньшей мѣрѣ (saltem) въ отношеніи имуществъ, находящихся на территоріи, завѣщаніе, гдѣ бы оно ни было составлено, имѣетъ силу». Смыслъ правила въ слѣдующемъ: уѣхавъ за границу, подданный, способность котораго расширена статутомъ, не теряетъ права распорядиться своимъ имуществомъ, находящимся на территоріи статута. Мимоходомъ Бальдъ высказываетъ общее положеніе, поразительное по своей глубинѣ и могущее быть разъясненнымъ только при разборѣ ученія о территоріальности права: «это актъ частнаго лица, при которомъ мы не беремъ въ расчетъ территорію, на которой онъ совершается, развѣ изъ разума закона вытекало бы, что территорія имѣетъ здѣсь значеніе» (§ 60). Какъ бы то ни было, до сихъ поръ Бальдъ еще не сказалъ намъ, будутъ ли считаться съ тѣми расширенными способностями, которыя даетъ подвластному сыну его мѣстный статутъ, также и за границей, гдѣ у него также могутъ быть имущества, если онъ тамъ распорядится этими имуществами? Вопросъ о томъ, примѣнятъ ли тамъ законъ домициля или римское право, какъ ius commune, остается открытымъ.

Затѣмъ Бальдъ дѣлаетъ другой подходъ: а что, если статутъ ограничиваетъ способность (inhabilitans)? Ясно, что это не можетъ касаться не подданнаго, который пожелалъ бы контрагировать на территоріи; «правило для противоположныхъ случаевъ одно и то же» (§ 61). И Бальдъ въ другомъ § поясняетъ это примѣромъ: если статутъ говоритъ, что лицо моложе 25 лѣтъ не можетъ обязываться, а обязался иностранецъ, этого возраста недостигшій, то можно бы подумать, что во вниманіе къ тому, въ какомъ мѣстѣ договоръ заключенъ (т.-е. на территоріи статута), обязательство недѣйствительно; на самомъ дѣлѣ, однако, оно дѣйствительно, потому что статутъ не можетъ создавать ограниченій для лица, которое ему не подчинено» (§ 92). «Но что, если, наоборотъ, если подданный, способность котораго ограничена, контрагируетъ внѣ территоріи, можетъ ли статутъ ограничивать его личность?» Тутъ-то и возникаетъ сомнѣніе, и Бальдъ перестаетъ быть категоричнымъ: «повидимому, да». Это можетъ быть слѣдствіемъ судебнаго интердикта, т.-е. постановленія человѣка; слѣдовательно, можетъ быть и слѣдствіемъ закона. Но «обратите вниманіе, что это отнюдь не то же самое, потому что интердиктъ [1]) имѣетъ свое

[1]) Въ текстѣ interdum, но это очевидная опечатка; должно быть interdictum, иначе нѣтъ смысла.

Digitized by Google

основаніе въ общемъ правѣ, между тѣмъ какъ статутъ, о которомъ я говорю, противорѣчитъ общему праву (fundatur contra ius commune), и потому, повидимому, не можетъ дѣйствовать внѣ территоріи. Я не настаиваю (ego non firmo) (§ 61)». Ясно, въ чемъ сомнѣнія Бальда: ограниченіе способности, основанное на общемъ правѣ, имѣетъ силу повсемѣстно; отмѣняющій такое ограниченіе статутъ не имѣетъ значенія для чужестранцевъ. Но ограниченіе способности, основанное на мѣстномъ статутѣ, обязательное для подданнаго за границей по отношенію къ имуществу, оставшемуся на территоріи статута, очень можетъ быть и необязательно для него по отношенію къ имуществу, находящемуся за границей, или для сдѣлокъ, которыя за границей же должны быть и исполнены; или, другими словами, за границей могутъ и не принять во вниманіе статута его домициля, если онъ противорѣчитъ римскому праву, т.-е. тамъ будутъ обсуждать его способность не по закону домициля, а по римскому праву. Или, еще иначе: за границей навѣрное къ иностранцу не примѣнятъ мѣстнаго статута; но примѣнятъ ли къ нему статутъ его домициля или римское право, — этого Бальдъ опредѣленно не рѣшаетъ. Чрезвычайно характерно для Бальда, какъ онъ относится къ тому же вопросу въ другомъ изъ своихъ комментаріевъ. Казусъ состоялъ въ слѣдующемъ: «женщина родомъ изъ Перуджи вышла замужъ во Флоренціи, гдѣ дѣйствуетъ лонгобардское право; можетъ ли она при жизни мужа и вопреки его согласію завѣщать въ Перуджѣ имущество, которое ей принадлежитъ въ Перуджѣ. Отвѣтъ найдешь въ комментаріи къ закону Cunctos populos»[1]). Но въ томъ-то и дѣло, что опредѣленный отвѣтъ мы имѣемъ только по отношенію къ имуществу, которое у завѣщательницы во Флоренціи: уѣхавъ въ Перуджу, она не уйдетъ отъ дѣйствія флорентинскаго статута. Но стѣсняетъ ли ее флорентинскій статутъ и по отношенію къ имуществу, которое въ Перуджѣ, Бальдъ прямо не отвѣчаетъ, а говоритъ: «кажется». Но вѣдь въ комментаріи къ закону Cunctos populos онъ самъ говоритъ, что «по отношенію къ наслѣдованію въ имуществахъ, находящихся внѣ территоріи, статуты не примѣняются» (§ 77), и что если статутъ противорѣчитъ римскому праву, то возможно, что его не примутъ во вниманіе.

Все это обязываетъ сказать, что у Бальда нѣтъ еще категорически выраженнаго правила, что за границею дѣеспособность лица обсуждается по закону его домициля: тамъ, гдѣ иному хотѣ-

[1]) Это мѣсто мнѣ извѣстно изъ цитаты Neumeyer'a, Die Entwickelung des internat. Privat.-und Strafrechts bis Bartolus, p. 176, который самъ, къ сожалѣнію, не указываетъ, откуда онъ его взялъ.

Digitized by Google

лось бы думать, что компетентенъ этотъ законъ, всегда существуетъ сомнѣніе, не компетентенъ ли общій законъ страны, римское право, а вовсе не законъ домициля. При такихъ условіяхъ странно утвержденіе Лене, — что у юристовъ итальянской школы XIV вѣка «иногда встрѣчается, хотя и вызываетъ сильную оппозицію», правило, что городской статутъ слѣдуетъ за подданными за границу даже въ отношеніи имуществъ, находящихся тамъ, и признается туземными судьями [1]); но Лене не указываетъ, ни гдѣ онъ такое правило вычиталъ, ни кто противъ него возставалъ. У Бальда во всякомъ случаѣ нѣтъ ни правила, ни его опроверженія.

Нѣтъ, наконецъ, ни того, ни другого и у Павла де Кастро († 1441). Комментируя глоссу о болонцѣ въ Моденѣ, этотъ ученикъ Бальда поясняетъ, что, если статутъ Модены объявляетъ лицо, не достигшее 14 лѣтъ, способнымъ договариваться, то это не распространяется на болонца, который вздумалъ бы заключить договоръ въ Моденѣ [2]). Т.-е. опять-таки ни откуда не видно, что дѣеспособность болонца будутъ обсуждать въ Моденѣ по статуту Болоньи, а не по римскому праву.

Павелъ де Кастро «отмѣчаетъ собою остановку развитія итальянской доктрины», говоритъ о немъ самъ Лене. И потому позволено сдѣлать общее заключеніе объ итальянскихъ юристахъ XIV и XV вв. Въ ихъ писаніяхъ нѣтъ текстовъ, которые уполномочивали бы утверждать, будто при коллизіи между двумя городскими статутами они высказывались за обсужденіе дѣеспособности по статуту домициля. Все, что можно на основаніи этихъ писаній утверждать, сводится къ тому, что общее право страны отступаетъ назадъ предъ городскимъ статутомъ, какъ правомъ партикулярнымъ. Недѣеспособный горожанинъ не сброситъ съ себя ограниченій, наложенныхъ на него статутомъ, и, хотя бы онъ дѣйствовалъ внѣ городскихъ стѣнъ по отношенію къ имуществу, оставшемуся въ городѣ, онъ подъ дѣйствіе общаго права не подпадетъ. Но въ стѣнахъ чужого города никто не можетъ разсчитывать или требовать, чтобы его дѣеспособность обсуждали не по общему праву, а по статуту его города, по закону его домициля.

Принципъ компетентности личнаго закона (или «статута» не въ специфически итальянскомъ смыслѣ, а какъ понятія, тождественнаго съ «обычаемъ», «кутюмомъ», «закономъ») появляется только у французскихъ статутаріевъ XVI вѣка.

---

[1]) Lainé, op. cit., II, p. 189.
[2]) Это мѣсто воспроизводится у Д'Аржантре въ § 48 (см. ниже).

Digitized by Google

III.

Но и то не сразу. Его нѣтъ еще даже у Дюмулена (1500—1566). «Если, говоритъ онъ, статутъ касается лица (agit in personam), то на иностранцевъ онъ не распространяется, все равно, расширяетъ ли онъ или суживаетъ правомочія лица. Отсюда, если статутъ гласитъ, что договоры лица, не достигшаго 25 лѣтъ, заключенные безъ согласія его близкихъ и судебнаго утвержденія, не имѣютъ силы, то это относится только къ лицамъ, подчиненнымъ юрисдикціи этого статута. Отсюда несовершеннолѣтній, подданный этого статута, не можетъ, отправившись за границу, отдать безъ этой формальности въ аренду свое помѣстье, находящееся на территоріи статута; но онъ можетъ это самое сдѣлать за границей съ помѣстьемъ, которое находится за границей же. Когда статутъ касается лица, его дѣйствіе ограничивается подданными; когда онъ касается вещей, онъ распространяется только на вещи, лежащія на его территоріи. Иностранецъ, не достигшій 25 лѣтъ, могъ бы распорядиться даже своимъ имѣніемъ, лежащимъ на территоріи разсматриваемаго статута, даже находясь лично на его территоріи. Правда, тотъ, кто поставленъ своимъ компетентнымъ судьею подъ опеку, лишается права распоряженія повсемѣстно, гдѣ бы его имущества ни находились; но это потому, что такое ограниченіе основано не на одномъ только статутѣ, но и на общемъ правѣ»... «Если статутъ говоритъ, что подвластный сынъ можетъ завѣщать, то подданный могъ бы распорядиться путемъ завѣщанія, гдѣ бы онъ самъ ни находился (ubique), имуществами, гдѣ бы тѣ ни находились, — потому что статутъ можетъ эмансипировать его генерально. Но иностранецъ могъ бы опереться на этотъ статутъ даже въ отношеніи имуществъ на территоріи статута, и даже самъ находясь на его территоріи, только, если бы онъ на ней же фиксировалъ свой домицилъ». Изъ дальнѣйшаго видно, что Дюмуленъ различаетъ нормы, основанныя на общемъ правѣ, отъ нормъ, основанныхъ на мѣстномъ статутѣ, а изъ этихъ послѣднихъ, въ свою очередь, тѣ нормы, которыя эмансипируютъ личность всецѣло, освобождая ее отъ всякихъ ограниченій, и тѣ нормы, которыя налагаютъ на нее извѣстныя ограниченія. Повсемѣстную силу имѣютъ нормы, основанныя на общемъ правѣ; повсемѣстную же и тѣ, которыя основаны на статутѣ, освобождающемъ личность отъ всякихъ ограниченій; напротивъ, не имѣютъ силы внѣ территоріи статута устанавливаемыя имъ запрещенія, напр., запрещеніе супругамъ завѣщать другъ другу. Эти свои положенія Дюмуленъ примѣняетъ къ завѣщаніямъ о недвижи-

Digitized by Google

мостяхъ. Иностранецъ можетъ составить завѣщаніе въ пользу своей жены, находясь на территоріи такого статута, который то же самое запрещаетъ своимъ подданнымъ, только бы его завѣщаніе не касалось недвижимости на этой же территоріи; подданные могутъ это дѣлать, не стѣсняясь своимъ статутомъ, въ отношеніи имуществъ, находящихся на территоріи (разумѣется, это еще не значитъ, что здѣсь завѣщаніе будетъ признано). Итакъ, Дюмуленъ имѣетъ въ виду прежде всего тѣ же конфликты, какими занимались итальянскіе постглоссаторы: конфликты общаго права съ мѣстнымъ статутомъ; и изъ числа этихъ конфликтовъ только тѣ, когда этотъ мѣстный статутъ лишаетъ человѣка той способности, которая ему принадлежитъ по общему праву. Такіе конфликты разрѣшаются обратно съ тѣмъ, какъ рѣшали итальянскіе романисты, не въ пользу личнаго статута («статута» въ смыслѣ закона вообще): за границей такой ограничительный законъ силы не имѣетъ, установленная имъ недѣеспособность принята во вниманіе за границей не будетъ. А на лицъ, ему не подчиненныхъ, мѣстный статутъ не распространяется ни въ какомъ случаѣ — все равно, расширяетъ онъ или ограничиваетъ личную способность. Значитъ ли это, что способность иностранца будетъ обсуждаться по закону его домициля? Сдѣлать подобный выводъ Дюмуленъ не позволяетъ: возможно, что эту способность обсудятъ не по закону домициля, а по общему праву.

Для пониманія разсужденій Дюмулена чрезвычайно важно имѣть въ виду, что они содержатся въ его «комментаріи къ кодексу» [1]), который выросъ изъ его лекцій, читанныхъ въ 1554 г. въ Тюбингенскомъ университетѣ, т.-е. въ Германіи, гдѣ въ то время заканчивалась рецепція римскаго права, и притомъ какъ разъ въ обработкахъ Бартола и Бальда. Поэтому тотъ вопросъ, который могли поставить себѣ послѣдующіе французскіе и голландскіе юристы, — о разрѣшеніи коллизіи между двумя правопорядками, опирающимися каждый на свой мѣстный, партикулярный авторитетъ, — осложнялся у Дюмулена, какъ и у итальянцевъ, вопросомъ объ отношеніи между партикулярнымъ и общимъ правомъ. И потому тамъ, гдѣ писателямъ направленія Лене хотѣлось бы видѣть признаніе компетентности закона домициля, непредубѣжденное чтеніе подсказываетъ мысль, что рѣчь идетъ о компетентности римскаго права.

Сомнѣніе падаетъ только, когда мы обращаемся къ такому французскому юристу, который писалъ во Франціи и думалъ только

[1]) Molinaeus, Commentarius in codicem; перепечатка Meili въ «Zeitschrift» Bd. V.

Digitized by Google

о конфликтѣ между кутюмами отдѣльныхъ французскихъ провинцій. Разницу между итальянскими статутами и французскими кутюмами выяснилъ еще Ги Кокиль (1523—1603): статуты итальянскихъ городовъ составляли исключеніе изъ общаго или римскаго права и потому подлежали ограничительному толкованію, тогда какъ во Франціи римское право не было закономъ, а «только доктриною», истинное же гражданское право Франціи составляли въ XVI вѣкѣ ея кутюмы, которые не были правами партикулярными и потому могли, по словамъ Кокиля, подлежать широкому и «благосклонному» толкованію и обязывать всѣхъ домицилированныхъ на территоріи одного кутюма и въ отношеніи имуществъ, лежащихъ на территоріи другого. Вотъ почему положеніе, что состояніе и способность каждаго лица должны обсуждаться по закону его домициля, могло быть впервые формулировано не у Дюмулена, писавшаго въ германской обстановкѣ, а только у Д'Аржантре, говорившаго о коллизіи кутюма Бретани съ кутюмами другихъ французскихъ провинцій.

У Д'Аржантре (1519—1590) мы читаемъ[1]): «Когда вопросъ идетъ о правѣ лица или о способности къ гражданскимъ сдѣлкамъ, то во всемъ мірѣ (in universum?) власть принадлежитъ тому судьѣ, который судитъ въ домицилѣ, т.-е. кому лицо подчинено; этотъ судья можетъ постановлять объ этомъ съ такимъ эффектомъ, что все, что бы онъ ни предписалъ или разсудилъ о правѣ лицъ, должно быть признано повсемѣстно, куда бы человѣкъ ни отправился (§ 4)». «Тотъ, кто выѣзжаетъ изъ своей мѣстности (facit excessum loci), этимъ еще не освобождается отъ ея законовъ; иное дѣло, если онъ перемѣнитъ свой домициль. Отсюда происходитъ, что лицо, такъ или иначе отмѣченное закономъ домициля, остается съ этой отмѣткой навсегда и не можетъ раздѣлаться съ нею, сколько бы оно ни мѣняло мѣстопребываніе. Безчестіе (infamia), основанное на законахъ домициля, слѣдуетъ за обезчещеннымъ въ любое мѣсто: интердиктъ всюду слѣдуетъ за расточителемъ» (§§ 12 и 13). Такъ у Д'Аржантре одна и та же норма для правоспособности и для дѣеспособности, — законъ домициля. «Но, продолжаетъ онъ, для того, чтобы статутъ имѣлъ такое повсемѣстное значеніе, нужно, чтобы онъ касался всего личнаго состоянія въ цѣломъ, а не ограничивалъ способность лица для какой-нибудь партикулярной сдѣлки» (§§ 13 и 14). Въ этой оговоркѣ Лене видитъ тенденцію ограничить сферу дѣйствія личныхъ статутовъ; но примѣры Д'Аржантре (§§ 17 и 18) показываютъ, что онъ просто не считалъ возможнымъ,

[1]) D'Argentré, Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae. Par., 1621, in-f°. col. 675.

Digitized by Google

чтобы тѣ умаленія правоспособности, которыя имѣютъ свое основаніе въ личномъ статутѣ, могли умалять ее и за границей. Характерно то, что Д'Аржантре не говоритъ о такомъ случаѣ, когда личный статутъ даетъ лицу большую правоспособность, чѣмъ мѣстный законъ. Онъ говоритъ: если статутъ лишаетъ убійцу права наслѣдованія въ имуществѣ убитаго или статутъ исключаетъ дочь, получившую приданое, отъ наслѣдованія, то это не касается имуществъ, находящихся на территоріи, статуту не подвластной. Къ вопросу о способности къ сдѣлкамъ эти примѣры отношенія не имѣютъ. Напротивъ, объ этой способности Д'Аржантре пишетъ: всякій разъ, когда спрашиваютъ о ней (de habilitate aut inhabilitate personarum), слѣдуетъ справляться въ законахъ домициля, ибо для всякой личной сдѣлки (de omni personali negotio) компетентенъ судья, которому лицо подвластно... Никогда статуты ничего не постановляютъ объ этой способности лица, имъ не подвластнаго... Если парижскій гражданинъ хочетъ договориться объ имуществѣ, которымъ онъ владѣетъ въ Бретани, то онъ долженъ подождать 25-лѣтняго возраста, потому что таковъ статутъ парижанъ, коимъ опредѣляется личная способность, хотя Бретань объявляетъ своихъ жителей совершеннолѣтними въ 20 лѣтъ.

Послѣ Д'Аржантре положеніе, что состояніе и способность обсуждаются по закону домициля, становится аксіомой для статутаріевъ XVII и XVIII вв. Бургундусъ (1621) говоритъ: «чтобы знать, находится ли жена подъ властью мужа или нѣтъ, въ какомъ возрастѣ несовершеннолѣтній можетъ договариваться, и т. п., необходимо справляться въ законѣ домициля: этотъ законъ запечатлѣваетъ свойство лица и настолько поражаетъ его природу, что куда бы человѣкъ ни отправился, онъ носитъ съ собою пріобрѣтенную дома неспособность такъ же, какъ рубцы отъ ранъ на тѣлѣ»[1]). Бургундусъ настолько категориченъ, что даже не упоминаетъ объ ограниченіяхъ, которыя допускалъ Д'Аржантре при обсужденіи умаленія правоспособности. Онъ даетъ одну и ту же норму для правоспособности и для дѣеспособности.

Догматическое утвержденіе, что такъ должно быть, и метафорическое сравненіе Бургундуса уже не удовлетворяютъ писателей слѣдующаго поколѣнія. Роденбургъ[2]) (1643) даетъ уже раціональное объясненіе, которое къ тому же остается типичнымъ для очень

---

[1]) Burgundus, Ad consuetudines Flandriae aliarumque gentium Tractatus controversiarum, Arnheim, 1646.

[2]) Rodenburgh, Tractatus de jure conjugum, перепечатанъ цѣликомъ и переведенъ по-французски у Boullenois, см. ниже.

Digitized by Google

многихъ юристовъ вплоть до нашихъ дней. Роденбургъ первый выразилъ заботу о судьбѣ лица, которое, по закону домициля, ограничено въ своей дѣеспособности, но которое можетъ очутиться за границей, гдѣ законъ аналогичнаго ограниченія не знаетъ, и тамъ заключить гибельную для своего имущества сдѣлку. Заботой объ интересахъ такого лица Роденбургъ старается объяснить, почему личные статуты выступаютъ за предѣлы своей территоріи. «Этого требуютъ природа и необходимость;... состояніе (status ac conditio) человѣка должно опредѣляться закономъ одного только мѣста; было бы нелѣпостью и противорѣчило бы природѣ вещей, если бы человѣкъ въ каждомъ новомъ мѣстѣ, куда его привели его странствованія, мѣнялъ свое состояніе; если бы онъ въ одно и то же время былъ здѣсь самостоятеленъ, а тамъ подвластенъ другому, если бы жена была и подвластна мужу, и не подвластна ему, если бы въ одномъ мѣстѣ человѣкъ считался расточителемъ, въ другомъ нѣтъ. Разъ человѣкъ не прикованъ къ одному мѣсту, мудрость требуетъ, чтобы личное состояніе опредѣлялось закономъ домициля; законодатель домициля лучше всѣхъ знаетъ степень умственной зрѣлости своихъ подданныхъ и можетъ сказать, кто изъ нихъ и когда нуждается въ руководствѣ для огражденія своихъ интересовъ (с. III, 4)».

IV.

Такъ, въ XVII вѣкѣ принципъ формулированъ окончательно. Но остается вопросъ о предѣлахъ его примѣненія. И прежде всего требовалъ разрѣшенія вопросъ о томъ, какое вліяніе имѣетъ ограниченіе дѣеспособности, установленное закономъ домициля, на право распоряженія недвижимостями, находящимися на чужой территоріи? Съ точки зрѣнія Д'Аржантре — никакого: «личный статутъ предполагаетъ полную абстракцію отъ реальной матеріи»; слѣдовательно, для распоряженія недвижимостью можетъ имѣть значеніе только законъ мѣста ея нахожденія; въ немъ, а не въ законѣ домициля, слѣдуетъ справляться о томъ, существуетъ ли ограниченіе дѣеспособности или нѣтъ. Но Бургундусъ придумалъ компромиссъ: онъ различаетъ сдѣлку обязательственнаго характера отъ вещной. Онъ дѣлаетъ это со свойственными ему ясностью и изяществомъ изложенія, и тѣмъ не менѣе Лене, которому не нравится выводъ, упрекаетъ его въ противорѣчіи съ самимъ собою. Противорѣчія, однако, нѣтъ. «Предположимъ, говоритъ Бургундусъ, что у гентскаго гражданина, старше 20 лѣтъ, но не достигшаго 25 лѣтъ, имѣніе въ Геннегау, гдѣ опека надъ малолѣтними прекращается въ 20 лѣтъ; онъ продастъ это имѣніе безъ согласія своего

Digitized by Google

опекуна. Договоръ продажи, безъ сомнѣнія, силы не имѣетъ, и обязательство, принятое на себя продавцомъ, безусловно ничтожно»; т.-е., иначе говоря, сдѣлка обязательственнаго характера обсуждается по закону домициля. «Но если продавецъ сдѣлалъ манципацію недвижимости, то покупщикъ вполнѣ гарантированъ, потому что актъ дѣйствителенъ, такъ какъ онъ совершенъ продавцомъ въ томъ возрастѣ, какой требуется для отчужденія недвижимостей въ Геннегау. Гентскій кутюмъ не можетъ лишать способности отчуждать недвижимости въ Геннегау, потому что его постановленія не могутъ простираться на имущества, лежащія въ другихъ странахъ... Ограниченія дѣеспособности, установленныя за границей, не могутъ имѣть значенія для недвижимостей, находящихся въ другой провинціи. Гентскій кутюмъ можетъ служить основаніемъ, чтобы порвать обязательство продавца, освободить его отъ обязанности передать вещь, вообще отъ отвѣтственности по договору, потому что, съ этой точки зрѣнія, дѣло касается только лица, а лицу всюду сопутствуетъ кутюмъ его домициля». Слѣдовательно, не только въ Гентѣ, но даже и въ Геннегау, судъ признаетъ обязательство гентскаго гражданина, не достигшаго 25 лѣтъ, если оно установлено безъ разрѣшенія опеки, недѣйствительнымъ, потому что тотъ, кто неспособенъ въ одномъ мѣстѣ, долженъ всюду считаться неспособнымъ. Но это касается личныхъ актовъ, а не недвижимостей, лежащихъ на чужой территоріи [1]). Современнаго юриста разсужденія Бургундуса ни мало не шокируютъ; иначе отнеслись къ нимъ статутаріи XVII и XVIII вв. [2]). Роденбургу не приходила въ голову мысль о самостоятельной цѣнности увѣренности гражданскаго оборота страны, гдѣ лежитъ недвижимость, и довѣрія къ публичнымъ актамъ; онъ думалъ только объ интересахъ лица, ограниченнаго въ своей дѣеспособности, и его семьи. Отсюда его страстныя возраженія Бургундусу: «Состояніе лица зависитъ отъ судьи, которому оно подчинено въ силу своего домициля, и разъ этотъ судья компетентенъ постановлять о способности для всѣхъ гражданскихъ актовъ, то Бургундусъ напрасно хочетъ ограничить эту компетенцію чисто личными актами и уничтожить ее въ самой существенной ея части, потому что вещные эффекты, которые могутъ проистекать изъ дѣеспособности лица, несравненно важнѣе, чѣмъ чисто личные. Какъ! малолѣтній голландецъ будетъ совершеннолѣтнимъ, чтобы отчудить свое имѣніе, находящееся въ Утрехтѣ, и малолѣтнимъ для отчужденія своего голландскаго имѣнія?..

[1]) Tractatus, I, 7 и сл.
[2]) Bar, Theorie u. Praxis etc. I, p. 51, также не мирится съ выводами Бургундуса.

Digitized by Google

Переѣхавъ въ сосѣднюю провинцію, онъ сможетъ, вопреки своему попечителю, отчудить находящееся тамъ имѣніе? Какъ! отчужденіе имѣнія, сдѣланное въ Утрехтѣ, останется въ силѣ, а личное обязательство его продать будетъ недѣйствительно?.. Противно здравому смыслу, чтобы тотъ, кто не въ правѣ договариваться, могъ тѣмъ не менѣе отчуждать; гдѣ основаніе, чтобы, напр., моя жена, которая по закону нашей страны, обязываться не можетъ, могла отчуждать свои имѣнія, лежащія въ мѣстахъ, гдѣ дѣйствуетъ писанное право? Бургундусъ находитъ, что достаточно, чтобы человѣкъ, желающій продать имѣніе, подчинялся закону мѣста его нахожденія, потому что никто не можетъ навязывать своихъ законовъ вещи, которая не находится въ его подчиненіи; это разсужденіе допустимо, когда дѣло идетъ только о формальностяхъ, сопутствующихъ продажѣ, или о спеціальныхъ законахъ, относящихся до недвижимостей. Но дѣеспособность лица, измѣряющаяся его состояніемъ и требуемая, какъ первое условіе для дѣйствительности акта, есть чисто личное дѣло, о которомъ долженъ непремѣнно высказываться судья домициля; нельзя, чтобы человѣкъ, признанный въ своемъ домицилѣ расточителемъ, могъ отправиться въ Голландію, чтобы продать находящіяся тамъ свои имѣнія... Если опекунъ имѣетъ право управлять имѣніемъ, то отъ него же зависитъ и его продажа; нужно поэтому соблюдать законы домициля малолѣтняго... Разъ Бургундусъ отнимаетъ у послѣдняго право заключать договоры и вступать въ обязательства, гдѣ бы онъ ни былъ, необходимо признать, что онъ не въ правѣ и отчуждать, потому что не можетъ быть продажи, если продавецъ не можетъ обязаться гарантіей продажи и предоставить покупщику владѣніе.. Итакъ, изъ всего сказаннаго слѣдуетъ заключить, что женщина, малолѣтній, расточитель, которые въ мѣстѣ своего домициля подвластны другому, не могутъ никогда уклониться отъ этой власти, даже для продажи имѣній, лежащихъ въ другомъ мѣстѣ»[1]).

Сто лѣтъ спустя Бульнуа († 1762) возобновляетъ нападки Роденбурга; и онъ продолжаетъ видѣть только одну сторону дѣла, — интересъ лица, дѣеспособность котораго ограничена. «Какъ это можетъ быть, восклицаетъ онъ, чтобы лицо, которое по своему состоянію неспособно продавать и отчуждать такъ, чтобы это имѣло силу, было способно экспропріировать у себя проданную и отчужденную вещь.... Неспособность слѣдуетъ за лицомъ повсюду и вліяетъ не только на его личныя обязательства, но и на отчужденіе

[1]) Tit. II, cap. 1.

Digitized by Google

недвижимостей... Въ самомъ дѣлѣ, когда законъ объявляетъ лицо малолѣтнимъ или совершеннолѣтнимъ, это дѣлается главнымъ образомъ, чтобы запретить ему или дозволить отчужденіе своихъ имѣній, потому что по отношенію къ движимостямъ послѣдствія ихъ отчужденія обыкновенно и незначительны, и не столь важны для имущества малолѣтняго... Когда законъ фиксировалъ малолѣтство или совершеннолѣтіе, онъ главнымъ образомъ имѣлъ въ виду недвижимости, и польза гражданскаго оборота требуетъ, чтобы состояніе совершеннолѣтняго или малолѣтняго могло простираться всюду.... Изъ системы Бургундуса вытекали бы нелѣпыя послѣдствія: напр., интердиктъ противъ расточителя со стороны судьи его домициля имѣлъ бы значеніе только для его движимостей и личныхъ обязательствъ, но тотъ же расточитель могъ бы безнаказанно растрачивать свои недвижимости, находящіяся въ другомъ судебномъ округѣ». Бульнуа оговаривается: онъ требуетъ примѣненія закона домициля только къ обсужденію вопроса о дѣеспособности продавца, но онъ далекъ отъ мысли, чтобы законы домициля могли вообще имѣть значеніе для недвижимостей, лежащихъ внѣ территоріи домициля[1]).

Противоположный вопросъ, можетъ ли лицо, дѣеспособное по закону домициля, быть ограничено въ своемъ правѣ распоряженія недвижимостью на томъ основаніи, что оно не удовлетворяетъ признакамъ дѣеспособности, установленнымъ закономъ мѣста, гдѣ находится недвижимость, — этотъ вопросъ возникалъ у Роденбурга и у французскихъ статутаріевъ XVIII вѣка по поводу завѣщаній и дареній между супругами. Въ своихъ отвѣтахъ они не были ни единодушны, ни послѣдовательны. Напр., лицу 21 годъ; по закону домициля оно дѣеспособно; у него имущество въ странѣ, гдѣ совершеннолѣтіе наступаетъ только въ 25 лѣтъ; дѣйствительно ли его завѣщаніе въ отношеніи этого имущества? Интересы родственниковъ не требуютъ вовсе, чтобы умирающій молодой человѣкъ распорядился своимъ имуществомъ иначе, чѣмъ предусмотрѣлъ законъ; тѣмъ же интересамъ противоположны и даренія между супругами. Оттого нѣтъ побужденія отстаивать распространеніе закона домициля на имущество, находящееся за границей. Можно думать, что эти невысказанныя соображенія подсказывали рѣшеніе Роденбургу, а вслѣдъ за нимъ Фролану и Бульнуа; они находили, что въ этихъ случаяхъ компетентенъ законъ мѣста нахожденія недвижимостей: пусть завѣщатель или

---

[1]) Boullenois, Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, Paris, 1766, I, pp. 132—135.

Digitized by Google

даритель способенъ по закону домициля, это не имѣетъ значенія, если иначе смотритъ законъ мѣста нахожденія недвижимости. Въ отличіе отъ нихъ Бугіе († 1746) и эти сдѣлки подчинялъ закону домициля.

Говоря о подчиненіи личнаго состоянія закону домициля, какъ Бургундусъ и Роденбургъ, такъ и французы XVIII вѣка иллюстрировали свое положеніе случаями, когда дѣйствительность имущественной сдѣлки зависѣла отъ рѣшенія вопроса о дѣеспособности распоряжающагося лица. Поэтому нѣтъ основанія думать, что и правоспособность они также готовы были обсуждать по закону домициля. Недоразумѣніе на этотъ счетъ возможно потому, что они разсматривали не правоотношенія, а содержаніе и эффектъ объективныхъ нормъ. У двухъ юристовъ XVII вѣка можно найти прямыя указанія на то, что и тогда уже отдавали себѣ отчетъ въ томъ, что правоспособность иностранца не можетъ подлежать обсужденію по его личному статуту. Таковъ вѣроятный смыслъ тезиса Павла Фута (1619—1677): «личный статутъ не поражаетъ (afficit) лицо внѣ территоріи, такъ что оно не считается внѣ территоріи за то, чѣмъ оно было внутри»; въ подтвержденіе Футъ ссылается на римскій текстъ, «гдѣ свойство проконсула сопутствуетъ ему только тамъ, гдѣ онъ будетъ проконсуломъ, а не въ другомъ мѣстѣ»[1]). Точно такъ же и Герціусъ (1652—1710), сказавъ, что «нельзя измѣнять мѣтку (notam), однажды наложенную по закону домициля», оговаривается, что принципъ этотъ не дѣйствуетъ, «если та мѣтка влечетъ за собою привилегію, какъ во многихъ мѣстахъ дворянство, или если она противорѣчитъ публичному праву другого государства, напр., за границей протестантъ считается еретикомъ; такой законъ у насъ заслуженно не имѣлъ бы значенія. Такъ, извѣстно, что магистратъ внѣ своей территоріи разсматривается, какъ частное лицо»[2]). Все это, повидимому, означаетъ, что правоспособность иностранца обсуждается не по его личному статуту, а по туземному закону. Бугіе выражаетъ это положеніе, относя къ группѣ реальныхъ статутовъ законы, противные общему праву, поражающіе своими крайностями (exorbitantes) и явно несправедливые; въ числѣ примѣровъ онъ приводитъ кутюмъ Шампани, въ силу котораго дворянство передается отъ матери (où le ventre ennoblit[3]).

---

[1]) P. Voet, De statutis eorumque concursu, Brux., 1715. Sect. IV c. II, 6.
[2]) J. N. Hertius, Commentationum atque opusculorum, vol. I. Francoforti, 1716. Dissertatio de collisione legum, Sectio IV, § VIII.
[3]) Bouhier, Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, Chap. XXXV, 8 въ «Oeuvres de Jurisprudence», I, Dijon, 1787, p. 818.

Digitized by Google

V.

Выше было указано, что принципъ обсужденія дѣеспособности по личному статуту питался соображеніемъ о благополучіи лица, ограниченнаго въ своемъ правѣ распоряженія, — его самого или его семьи. Но уже въ XVII вѣкѣ пробилось наружу противоположное соображеніе о благополучіи страны, въ которой недѣеспособный иностранецъ вступаетъ въ сдѣлку. Выразителемъ этого соображенія явился Іоаннъ Футъ (1647—1714). Понятно, что какъ человѣкъ не XX, а XVII вѣка, онъ видѣлъ благополучіе страны только въ ея политической независимости и въ устойчивости землевладѣльческихъ отношеній. То, что Роденбургу казалось нелѣпостью, а именно, чтобы одинъ и тотъ же человѣкъ былъ въ одномъ мѣстѣ дѣеспособенъ, въ другомъ нѣтъ, представлялось Футу, напротивъ, совершенно естественнымъ. «Ни на чемъ не основано, говорилъ онъ, утвержденіе, будто такъ уже необходимо, чтобы статутъ человѣка опредѣлялся закономъ какого-нибудь одного мѣста. Напротивъ, человѣкъ можетъ быть подчиненъ мѣстному закону, то въ силу своего домициля, хотя въ томъ мѣстѣ у него нѣтъ никакого имущества, то потому, что у него въ томъ мѣстѣ имущество, хотя центръ его правоотношеній не тамъ. Поэтому нѣтъ ни абсурда, ни несправедливости въ томъ, чтобы одно и то же лицо, владѣющее имуществами въ разныхъ мѣстахъ, было способно или неспособно распоряжаться ими, въ зависимости отъ того свойства, которымъ мѣстный законъ облекаетъ его на томъ основаніи, что здѣсь находится его имущество; и нѣтъ ничего несправедливаго въ томъ, что человѣкъ, не подчиненный чужой юрисдикціи въ силу своего домициля, подчиняется ей вслѣдствіе положенія своего имущества...». «Не стану отрицать, продолжалъ Футъ, что, если лицо въ одномъ мѣстѣ способно, а въ другомъ неспособно вступать въ договоры, отчуждать, завѣщать и т. д., или если по отношенію къ однимъ вещамъ оно признается самостоятельнымъ, а по отношенію къ другимъ, лежащимъ въ другомъ мѣстѣ, оно считается подвластнымъ другому лицу, то это довольно обременительно. Охотно допускаю, что было бы удобнѣе, если бы личное состояніе управлялось не столь различными законами и само не измѣнялось. Нельзя спорить и противъ того, что судить о свойствѣ, дѣеспособности, умѣ, разсудкѣ и зрѣлости человѣка къ распоряженію своимъ имуществомъ можетъ часто лучше всѣхъ магистратъ его домициля. Однако, вспомнимте, что можетъ случиться, что лицо, рожденное и выросшее въ такомъ мѣстѣ, гдѣ вслѣдствіе болѣе поздняго развитія люди считаются совершеннолѣтними въ 25 лѣтъ, переселится, едва ему исполнилось

Digitized by Google

20 лѣтъ, въ такое мѣсто, гдѣ совершеннолѣтіе, вслѣдствіе болѣе быстраго развитія, считается наступающимъ въ 20 лѣтъ, и обратно; а между тѣмъ и въ такихъ случаяхъ сторонники противоположнаго мнѣнія, подобно Роденбургу, считаютъ, что новый переселенецъ становится дѣеспособнымъ или недѣеспособнымъ, согласно съ закономъ новаго домициля; хотѣлъ бы я знать, почему магистратъ новаго домициля можетъ удачнѣе судить о его дѣеспособности или недѣеспособности, чѣмъ магистратъ прежняго домициля?.. Но какъ бы тамъ ни было, все же ни удобства не столь значительны, ни затрудненія не столь тяжки, чтобы можно было заставить судью чужой территоріи одобрять и рукоплескать сужденію судьи домициля о дѣеспособности своего обывателя и притомъ по отношенію къ имуществу, находящемуся внѣ домициля; и къ тому же, гдѣ тѣ средства, съ помощью которыхъ магистратъ домициля могъ бы принудить судей того мѣста, гдѣ лежатъ имущества, — судей равныхъ ему по своей власти, — одобрять или отмѣнять распоряженія о вещахъ, согласныя съ закономъ домициля, но противорѣчащія закону мѣста нахожденія этихъ вещей? Нельзя порицать этихъ судей за то, что они простираютъ власть своихъ законовъ сколь можно дальше; а они именно и могутъ по отношенію къ вещамъ, лежащимъ на ихъ территоріи, не допускать распоряженій, не основанныхъ на мѣстномъ законѣ. И если это кому-нибудь покажется суровымъ, то пусть онъ подумаетъ, не будетъ ли суровѣе и нелѣпѣе, если равный будетъ навязывать законы равному и если законодатель будетъ на своей территоріи связанъ законами чужихъ магистратовъ; пусть вспомнитъ, что право часто сурово, но это еще не причина, чтобы тотчасъ же объявлять его несправедливымъ. Мало того, насколько вышеприведенныя затрудненія вовсе не доказываютъ того, что хотѣли доказать, явствуетъ изъ того, что то же самое мы наблюдаемъ при реальныхъ статутахъ. Если вамъ кажется тягостнымъ, что одно и то же лицо въ одномъ мѣстѣ способно завѣщать, въ другомъ нѣтъ, въ одномъ — самостоятельно, въ другомъ подвластно, то вѣдь столь же неудобно, что въ отношеніи однѣхъ вещей собственникъ имѣетъ завѣщательное право, въ отношеніи другихъ, лежащихъ тамъ, гдѣ завѣщательное распоряженіе не допускается, не имѣетъ этого права; что, напр., супруги могутъ дарить другъ другу имущества, лежащія въ Голландіи, и не могутъ дарить лежащихъ въ Утрехтѣ; что вслѣдствіе разнаго мѣстонахожденія вещей варіируется наслѣдованіе по закону, — въ одномъ мѣстѣ оно дѣлится поголовно, въ другомъ поколѣнно, въ третьемъ всѣ вещи дѣлятся поровну и безъ различія; здѣсь различаются родовыя отцовскія и родовыя ма-

Digitized by Google

терпнскія; тамъ допускаются болѣе отдаленные по праву представленія, здѣсь нѣтъ. И, однако, все это не можетъ никого трогать, и никому и во снѣ не приходитъ мысль, чтобы изъ-за этого распространять реальные статуты за предѣлы ихъ территоріи, хотя всѣ знаютъ, что было бы много удобнѣе, если бы право наслѣдованія было однообразно... Если тѣмъ не менѣе допускается, чтобы было столько наслѣдствъ, во сколькихъ мѣстахъ разбросаны имущества наслѣдодателя, то тѣмъ легче мы поймемъ, что должно быть столько личностей, сколько вещей, лежащихъ въ разныхъ мѣстахъ, подвластныхъ каждое другому властителю (8)». Однако, продолжаетъ Футъ, необходимо сдѣлать оговорку. Мы сказали, что статутъ о личномъ состояніи не простираетъ своей силы за предѣлы своей территоріи. Это надо понимать такъ, что онъ не имѣетъ значенія для имущества, лежащаго на чужой территоріи. Но это не значитъ, что, переѣхавъ въ другую страну, подданный освобождается отъ личнаго статута своего домицила по отношенію къ имуществу, которое осталось въ его домицилѣ. «Отсюда, если голландецъ, объявленный расточителемъ въ Голландіи, отправился въ Утрехтъ, гдѣ, по строгому праву, мѣстные судьи его расточителемъ не признаютъ, и если онъ тамъ вступилъ въ договоръ и затѣмъ вернулся въ Голландію, то здѣсь его нельзя будетъ привлечь къ отвѣтственности по обязательству, которое онъ принялъ на себя въ Утрехтѣ; голландскій магистратъ въ правѣ отстаивать свой декретъ о расточительности по отношенію къ имуществу, находящемуся подъ его юрисдикціей... Сдѣлки расточителя будутъ недѣйствительны, все равно, какъ если бы онъ дѣйствовалъ не за границей, а въ своей странѣ. Законодатель этой страны можетъ даже вовсе запретить своимъ подданнымъ заключать какія бы то ни было сдѣлки за границей и можетъ подвергать ихъ наказаніямъ за нарушеніе этого запрета, когда они возвратятся домой, или же налагать денежныя взысканія на имущество, оставшееся дома (9)».

Іоаннъ Футъ широко поставилъ еще и другой вопросъ, который Роденбургъ и французскіе статутаріи возбуждали только въ связи съ завѣщаніями малолѣтнихъ и съ дареніями супруговъ. Что, если лицо по закону своего домицила дѣеспособно, а по закону страны, гдѣ оно желаетъ вступить въ договоръ или отчудить свою недвижимость, недѣеспособно? Напр., по законамъ домицила совершеннолѣтіе наступаетъ раньше, или же допускается эмансипація (aetatis venia), или же вступленіе въ бракъ приравнивается къ наступленію совершеннолѣтія, а въ странѣ, гдѣ лежитъ недвижимость или гдѣ такой совершеннолѣтній совершаетъ сдѣлки, дѣеспособность при тѣхъ же условіяхъ еще не наступаетъ? Футъ не

Digitized by Google

поясняетъ, о какихъ сдѣлкахъ, помимо отчужденія недвижимости, идетъ рѣчь; повидимому, онъ имѣетъ въ виду вообще сдѣлки, объектомъ которыхъ является недвижимость. «Вопросъ очень спорный; нѣкоторые думаютъ, что свойство и дѣеспособность, приписанныя лицу закономъ его домициля, сопутствуютъ ему и за границу по отношенію къ имуществамъ, тамъ находящимся; это выводятъ изъ принципа выступленія личныхъ статутовъ за предѣлы своей территоріи». Но Футъ съ этимъ не согласенъ: строго юридически совершеннолѣтіе, признанное закономъ или магистратомъ домициля, имѣетъ силу только для имуществъ на его собственной территоріи, а не для тѣхъ, которыя подчинены магистрату другой юрисдикціи. «Въ этомъ основаніе той повседневной практики, о которой сообщаетъ Бургундусъ, что 20-лѣтній гентецъ можетъ продать свои помѣстья въ Геннегау, гдѣ онъ считается совершеннолѣтнимъ, хотя въ своемъ домицилѣ, въ Гентѣ, онъ былъ бы совершеннолѣтнимъ только въ 25 лѣтъ... И обратно, добытая въ домицилѣ эмансипація недостаточна, чтобы малолѣтній могъ продать безъ разрѣшенія мѣстнаго суда свою недвижимость за границей, гдѣ люди его возраста почитаются еще малолѣтними»... При сомнѣніи слѣдуетъ держаться того мнѣнія, что абилитація не простирается на имущества, лежащія на чужой территоріи [1]).

Для исторіи юридической мысли эти возраженія І. Фута противъ однообразнаго обсужденія дѣеспособности по закону домициля имѣютъ творческое значеніе. Современный юристъ могъ бы къ нимъ кое-что добавить, но врядъ ли можно выразить искуснѣе то, что Футъ хотѣлъ сказать. Нечего говорить, что въ глазахъ Лене превосходная аргументація Фута бездоказательна; для него дробленіе личности противно «природѣ вещей» и «справедливости» [2]).

Въ своемъ походѣ противъ однообразной оцѣнки дѣеспособности Футъ не былъ одинокъ. Въ одномъ ряду съ нимъ стоялъ Губеръ (1636—1694), хотя далеко уступалъ ему въ отчетливости мысли и изложенія [3]). Добраться до того, что собственно утверждаетъ Губеръ, довольно трудно, потому что онъ не церемонится съ грамматикой, употребляя множественное число вмѣсто единственнаго и т. п. «Личныя свойства, запечатлѣнныя закономъ опредѣленнаго мѣста, сопровождаютъ человѣка всюду съ тѣмъ эффектомъ, что

---

[1]) Johannes Voet. Commentarius ad Pandectas. Lib., IV, tit. IV, 8, pp. 614—616, Halae, 1776.

[2]) Lainé, op. cit. II, pp. 172 сл.

[3]) Ulricus Huber, De conflictu legum diversarum in diversis imperiis, Praelectionum juris romani et hodierni pars II, перепечатано Meili въ «Zeitschrift» Bd. VIII.

Digitized by Google

повсемѣстно (ubivis locorum) онъ пользуется (gaudent vel subjecti sunt) тѣмъ правомъ, какимъ пользуются подобныя лица въ другомъ мѣстѣ (alibi)», т.-е., повидимому, въ мѣстѣ своего домицилія. «Такъ, человѣкъ, состоящій у насъ подъ опекой (юноша, подвластный сынъ, расточитель, замужняя женщина), всюду почитается за лицо подопечное и пользуется тѣмъ правомъ, которое предоставлено подопечному въ отдѣльныхъ мѣстахъ (iure quod cura singulis in locis tribuit utuntur), т.-е. опять, повидимому, въ мѣстѣ домицилія... «Отсюда тотъ, кто во Фризіи добился venia aetatis, не можетъ, вступивъ въ договоръ въ Голландіи, требовать для себя реституціи», т.-е. онъ и въ Голландіи дѣеспособенъ, хотя по голландскимъ законамъ онъ еще малолѣтній; «лицо, объявленное расточителемъ здѣсь, не можетъ обязаться въ другомъ мѣстѣ. И обратно, тотъ, кто въ своей провинціи считается совершеннолѣтнимъ въ 20 лѣтъ, можетъ отчудить свою недвижимость и осуществлять другія права совершеннолѣтнихъ[1]) даже въ такой странѣ, гдѣ для совершеннолѣтія требуется 25 лѣтъ». Казалось бы, что смыслъ всего сказаннаго тотъ, что Губеръ считаетъ всегда компетентнымъ законъ домицилія, но вслѣдъ затѣмъ оказывается, что онъ различаетъ свойства и послѣдствія свойствъ. Это — новость, которая сыграла свою роль и въ послѣдующей юриспруденціи. Въ дальнѣйшемъ Губеръ признаетъ законъ домицилія компетентнымъ только для сужденія о свойствахъ, а не также и о послѣдствіяхъ свойствъ. Нѣкоторые, говоритъ онъ, толкуютъ вышеуказанный эффектъ личнаго свойства такъ, что тотъ, кто въ опредѣленномъ мѣстѣ (т.-е. въ домицилѣ?) совершеннолѣтній или малолѣтній, тотъ повсемѣстно пользуется тѣмъ правомъ, какимъ онъ пользуется въ своемъ отечествѣ. Съ этимъ Губеръ несогласенъ, потому что это вело бы къ обремененію сосѣдей чужими законами. Такъ, напр., во Фризіи подвластный сынъ завѣщать не можетъ; но, если онъ составитъ завѣщаніе въ Голландіи, оно будетъ дѣйствительно,... потому что законы распространяются на всѣхъ, кто находится на ихъ территоріи, и было бы «нецивильно», если бы голландцы судили о сдѣлкѣ, заключенной въ ихъ странѣ, отбрасывая свои законы и на основаніи чужихъ. Но вѣрно, что во Фризіи это завѣщаніе силы не имѣло бы,... потому что иначе не было бы ничего легче, какъ обходить законы своего отечества. Во всякомъ же другомъ мѣстѣ такое завѣщаніе будетъ имѣть силу, даже тамъ, гдѣ подвластнымъ дѣтямъ завѣщать не дозволяется, потому что въ такомъ случаѣ нельзя говорить объ обходѣ закона

[1]) Въ перепечаткѣ Meili значится minorum, но Лене читаетъ, вѣроятно, на основаніи аутентичнаго текста, maiorum, p. 185.

Digitized by Google

со стороны собственныхъ гражданъ». Т.-е., повидимому, мысль Губера та, что сдѣлка гражданина Фризіи, недѣеспособнаго въ своемъ отечествѣ, признается дѣйствительною въ третьей странѣ, потому что въ Голландіи, гдѣ эта сдѣлка совершена, этотъ фризонецъ былъ дѣеспособенъ; въ третьей странѣ его дѣеспособность опредѣляется закономъ мѣста совершенія сдѣлки (lex loci actus). Губеръ продолжаетъ: мы взяли примѣръ сдѣлки, запрещенной въ отечествѣ вслѣдствіе личнаго свойства; возьмемъ теперь сдѣлку, которая дома дозволена: во Фризіи 17-лѣтній завѣщать можетъ; въ Гронингенѣ нельзя моложе 20 лѣтъ; 17-лѣтній фризонецъ составилъ завѣщаніе въ Гронингенѣ; оно должно быть признано недѣйствительнымъ и во Фризіи, потому что оно нарушаетъ законъ Гронингена. Выходитъ, что лицо, которое способно завѣщать, оставаясь дома, теряетъ эту способность, уѣхавъ за границу, въ страну, гдѣ людямъ того же возраста завѣщать не дозволяется. Губеръ мотивируетъ свое рѣшеніе тѣмъ, что «фундаментомъ всей его доктрины является подчиненіе человѣка законамъ той территоріи, на которой онъ дѣйствуетъ; поэтому, если сдѣлка по законамъ мѣста ея совершенія (ab initio) дѣйствительна, она будетъ имѣть силу и во всякомъ другомъ мѣстѣ, и наоборотъ (§§ 12—15)». Такимъ образомъ, ученіе Губера можетъ быть резюмировано такъ: 1) свойство, которымъ лицо облечено законами своего домициля, признается за нимъ повсемѣстно, но только до тѣхъ поръ, пока оно не вступаетъ въ сдѣлки; 2) способность лица къ совершенію сдѣлокъ подлежитъ обсужденію по законамъ страны, гдѣ оно дѣйствуетъ; 3) если человѣкъ не былъ съ точки зрѣнія мѣстнаго закона дѣеспособенъ, то его сдѣлка недѣйствительна даже въ его отечествѣ, потому что каждый обязанъ подчиняться мѣстнымъ законамъ, а эти законы, въ силу comitas, должны уважаться и за границей, если это непротивно интересамъ иностраннаго государства и его подданныхъ.

Принципы Іоанна Фута и Губера были усвоены англійской судебной практикой, когда она съ половины XVIII вѣка начала встрѣчаться съ конфликтными вопросами.

VI.

Дальнѣйшій шагъ въ созиданіи коллизіонныхъ нормъ сдѣланъ былъ уже въ XIX вѣкѣ въ Германіи Вехтеромъ (1842 г.). Правда, онъ называлъ своимъ предшественникомъ Герціуса, но безъ достаточнаго для этого основанія. Мало самостоятельный, удручающій своимъ изложеніемъ, сумбурный въ своихъ заключеніяхъ,

Digitized by Google

Герціусъ повторялъ только то, что уже сказали другіе, а между тѣмъ нѣмецкіе юристы говорили о немъ, какъ о величинѣ, равной Бартолу или І. Футу. Ссылаясь на Роденбурга, Герціусъ тяжеловѣсно формулируетъ правило: «когда законъ направленъ на личность, слѣдуетъ справляться въ законахъ того государства, которому лицо подчинено». Ясно почему: «личность подданнаго подчинена только тому верховному повелителю, которому онъ (самъ) подчинилъ себя. Отсюда законы, коими налагается печать личнаго свойства или характера, обычно сопутствуютъ личности, куда бы она ни отправилась; объявленный совершеннолѣтнимъ, безчестнымъ, расточителемъ остается таковымъ, хотя бы переселившись въ другое государство». Вслѣдъ за Бургундусомъ, Герціусъ дѣлаетъ изъятіе для недвижимостей на чужой территоріи; для ихъ отчужденія не имѣетъ значенія дѣеспособность или недѣеспособность, основанная на законѣ домициля. «Мы же, продолжаетъ онъ, говоримъ о законѣ, который мѣтитъ или опредѣляетъ свойство поддаинаго: этимъ закономъ опредѣляется право что-либо дѣлать или не дѣлать даже на чужой территоріи; такъ, обезчещенный въ одномъ мѣстѣ почитается всюду безчестнымъ; опекунъ, назначенный въ домицилѣ, управляетъ имуществами и на чужой территоріи и т. д.». Изъ приведенныхъ цитатъ видно, что Герціусъ стоялъ за однообразное обсужденіе личности по закону ея домициля. Между тѣмъ Вехтеръ, самъ придумавшій различеніе между свойствами и послѣдствіями свойствъ, или, въ крайнемъ случаѣ, взявшій его у Губера, почему-то приписывалъ это различеніе Герціусу и, опираясь именно на него, возставалъ противъ цѣлаго ряда нѣмецкихъ юристовъ XVIII вѣка и начала XIX вѣка, которые, вслѣдъ за истиннымъ Герціусомъ, обсуждали и свойства, и послѣдствія свойствъ по одному и тому же закону домициля. Что Герціусу это различеніе было чуждо, ясно изъ того, что у него объявленный расточителемъ (свойство) остается и заграницей ограниченнымъ въ своей дѣеспособности (послѣдствія). Предшественникомъ Вехтеровской теоріи Герціусъ не былъ.

Вехтеръ писалъ уже въ такую эпоху, когда перемѣны въ экономической жизни показали невозможность обсужденія состоянія лица по одному и тому же закону домициля. Ему представилось, что выходъ найденъ въ томъ, чтобы по закону домициля обсуждать только свойства лица, а отнюдь не также и послѣдствія свойствъ. Его полемика противъ традиціоннаго воззрѣнія принадлежитъ къ лучшему, что когда-либо было написано цивилистами. Говорятъ, пишетъ Вехтеръ, будто статусъ и послѣдствія статуса «приклеены къ лицу», неотдѣлимы отъ него, всюду ему сопутствуютъ. Но вѣдь это голо-

Digitized by Google

словно; развѣ не можетъ лицо имѣть въ одной странѣ права, которыхъ оно не въ правѣ осуществлять въ другой? и какъ заставить государство терпѣть, чтобы иностранцы осуществляли свои права или подвергались ограниченіямъ въ его предѣлахъ, къ ущербу, быть можетъ, для его гражданскаго оборота? Говорятъ еще, что изъ перемѣны правоспособности должны проистекать неудобства и вредъ; но это еще вопросъ; и не больше ли вреда для туземнаго государства отъ обратнаго? и затѣмъ, это соображеніе de lege ferenda, а не для руководства судьи. Говорятъ, далѣе, что личность подданнаго не подчинена никому кромѣ, какъ только своему государю; но ни откуда не видно, почему, если подданные одного государя вступили въ область другого государства, тамъ дѣйствуютъ, судятся и т. д., это другое государство обязано обсуждать этихъ чужихъ подданныхъ не по тому, что оно считаетъ за право, а по тому, что заблагоразсудилъ иностранный государь. Пусть подданный подчиненъ своему государю; но почему временный подданный не подчиненъ своему временному государю? Говорятъ, наконецъ, что законы о статусѣ тѣсно связаны съ публичнымъ правомъ и съ политическими отношеніями, и потому государство не можетъ допустить, чтобы его гражданинъ въ одно и то же время въ одномъ мѣстѣ имѣлъ статусъ, а въ другомъ считался бы неправоспособнымъ; но эта тѣсная связь законовъ о статусѣ съ публичнымъ правомъ есть основаніе для того, чтобы каждое государство обсуждало по своимъ законамъ состояніе своихъ гражданъ, и даже основаніе для того, чтобы оно по своимъ законамъ обсуждало состояніе иностранцевъ, но отнюдь не основаніе для того, чтобы обсуждать состояніе иностранцевъ по ихъ личному статуту. Но, продолжаетъ Вехтеръ, мало того, что принципъ не обоснованъ, посмотрите еще, къ какимъ выводамъ онъ приводитъ. Развѣ американскому рабовладѣльцу позволятъ въ Германіи обращаться со своими невольниками по американскимъ законамъ о статусѣ? И если иностранный дворянинъ вступитъ въ договоръ въ странѣ, гдѣ никакихъ дворянскихъ привилегій не знаютъ, то развѣ ему позволятъ пользоваться тѣми привилегіями, которыя принадлежатъ ему дома, въ силу тамошнихъ законовъ о состояніи? и еще къ ущербу для цѣлаго? А если иностранная казна или иностранный монастырь пользуются особыми имущественными привилегіями въ своей странѣ, то развѣ мы позволимъ имъ пользоваться этими привилегіями у насъ? Скажутъ, что это все привилегіи, и мы не признаемъ у себя правъ, основанныхъ на иностранныхъ привилегіяхъ. Въ такомъ случаѣ возьмемъ обратный примѣръ. Въ иностранномъ государствѣ всѣ его подданные пользуются граждан-

Digitized by Google

скимъ равноправіемъ, независимо отъ ихъ вѣроисповѣданія, но въ нашемъ государствѣ этотъ принципъ не признается, и, напр., евреи подвергаются важнымъ ограниченіямъ гражданскихъ правъ; развѣ иностранный еврей, подданный страны, гдѣ признаются всѣ практическіе выводы изъ принципа свободы совѣсти, у насъ этимъ ограниченіямъ не подвергается? Могутъ сказать въ отвѣтъ на это, что здѣсь личный статутъ не примѣняется по исключенію, потому что, когда наши законы говорятъ о евреяхъ, они имѣютъ въ виду всѣхъ евреевъ, какъ подданныхъ, такъ и иностранныхъ, и потому что эти законы основаны на государственныхъ соображеніяхъ. Возьмемъ въ такомъ случаѣ законы о совершеннолѣтнихъ, о малолѣтнихъ, о женщинахъ; они тоже говорятъ о нихъ вообще, и они тоже основаны на соображеніяхъ общественнаго порядка; дѣлаемъ ли мы здѣсь исключеніе въ пользу личнаго статута? Если у насъ малолѣтніе не пользуются правомъ требовать уничтоженія невыгодныхъ сдѣлокъ (restitutio in integrum), а иностранный малолѣтній по своимъ законамъ такое право имѣетъ, то развѣ нашъ судъ признаетъ такой его искъ, т.-е. дастъ ему такое преимущество, которымъ не пользуются наши малолѣтніе, и тѣмъ пожертвуетъ туземнымъ закономъ, который основанъ на соображеніяхъ общаго блага? пожертвуетъ ко вреду для гражданскаго оборота своей страны? Конечно, нѣтъ, потому что самое большее, на что иностранный малолѣтній можетъ претендовать у насъ, это чтобы мы давали ему такую же защиту, какъ и своимъ малолѣтнимъ, и только. Однако, продолжаетъ Вехтеръ, вѣдь признаемъ же мы иностранца, который по законамъ своей страны совершеннолѣтній, совершеннолѣтнимъ, хотя бы по нашимъ онъ долженъ бы считаться еще малолѣтнимъ. Да, но это приводитъ не къ тому, что все, что относится къ личности, весь статусъ въ цѣломъ, слѣдуетъ обсуждать по ея личному статуту, а только къ тому, что необходимо различать юридическія свойства сами по себѣ и вытекающія изъ этихъ свойствъ юридическія послѣдствія. Тѣ свойства лицъ, которыхъ существованіе зависитъ отъ закона, напр., дворянство, совершеннолѣтіе (въ отличіе отъ пола, вѣры,— свойствъ отъ закона не зависящихъ), обсуждаются у насъ по личному статуту иностранца, если только вообще наши законы признаютъ такія свойства, и если они не опредѣляютъ ихъ такъ, что ясно, что законодатель желалъ, чтобы его законъ былъ нормою для всѣхъ, даже для иностранцевъ. Но юридическія послѣдствія этихъ свойствъ, разъ дѣло идетъ объ осуществленіи ихъ въ нашей странѣ, должны обсуждаться по нашимъ законамъ. Поэтому, если, напр., иностранецъ по своимъ законамъ малолѣтній, то и

Digitized by Google

мы должны разсматривать его, какъ малолѣтняго; но въ гражданскихъ отношеніяхъ мы дадимъ ему только тѣ права, которыя наши законы предоставляютъ малолѣтнимъ. Если по своимъ законамъ онъ имѣетъ преимущество удлиненной давности, а наши законы такого преимущества малолѣтнимъ не даютъ, то онъ его у насъ не получитъ. Если спеціальный нѣмецкій законъ даетъ несовершеннолѣтнимъ студентамъ право кредитоваться, то это право въ Германіи признаютъ и за студентомъ — иностранцемъ. Иностраннаго дворянина мы признаемъ дворяниномъ, но дадимъ ему только тѣ гражданскія права, которыми пользуются наши дворяне, не больше; иностранныя женщины могутъ пользоваться у насъ тѣми же правами, что и наши женщины, не больше: если наша женщина можетъ выдавать обязательства безъ согласія опекуна, то и обязательство иностранки, выданное у насъ безъ опекуна, будетъ у насъ дѣйствительно, хотя бы по закону ея государства она въ такомъ согласіи нуждалась. Словомъ, всѣ юридическія послѣдствія, вытекающія изъ того, что лицо обладаетъ тѣми или другими юридическими свойствами, должны обсуждаться не по закону домициля, а по туземному закону, и только самыя свойства лица могутъ обсуждаться по закону домициля[1]).

Въ итогѣ ученіе Вехтера сводилось къ тому, что для сужденія о состояніи существуютъ двѣ коллизіонныя нормы: законъ домициля и законъ судьи (lex fori). Справедливость требуетъ отмѣтить, что, говоря о компетентности закона судьи, Вехтеръ имѣлъ въ виду случаи, когда въ странѣ судьи правоотношеніе не только обсуждается, но и осуществляется; отмѣтить это необходимо, чтобы снять съ Вехтера упрекъ, который, какъ будетъ показано ниже, дѣлали ему впослѣдствіи другіе. По вопросу же о томъ, когда компетентенъ законъ домициля и когда — законъ судьи, Вехтеръ выставилъ критерій, несостоятельность котораго была показана Савиньи (1848): примѣненіе разныхъ территоріальныхъ законовъ оправдывалось у Вехтера въ концѣ концовъ такимъ случайнымъ обстоятельствомъ, какъ то, что для однихъ личныхъ состояній существуютъ особыя названія, которыя и именуются «свойствами», а для другихъ состояній названій нѣтъ; волей-неволей эти состоянія приходится трактовать, какъ «послѣдствія». Такъ, напр., мы называемъ совершеннолѣтнимъ того, кто обладаетъ самою полною дѣеспособностью, какая достигается возрастомъ; это есть, слѣдовательно, только названіе для извѣстныхъ послѣдствій, для отрицанія дотолѣ существовавшихъ ограниче-

[1]) Wächter, Ueber die Collision d. Privatrechtlichen Gesetze verschiedener Staaten, въ «Archiv für die civil. Praxis», Bd. 25, pp. 161—184.

Digitized by Google

ній способности; малолѣтнимъ мы называемъ того, кто той полной способностью еще не обладаетъ; это—названіе для отрицанія состоянія полной способности. Но законъ можетъ и для малолѣтнихъ создать разныя ступени способности, не употребляя для этого особаго названія; напр., по французскому кодексу малолѣтніе въ 15, въ 16, въ 18 лѣтъ имѣютъ извѣстныя ограниченныя способности, но законъ не дѣлитъ малолѣтнихъ въ связи съ этими способностями по классамъ съ особыми названіями. Такъ неужели же одного того, что у 21-лѣтняго француза есть названіе majeur, достаточно, чтобы его способность обсуждалась заграницей по французскому закону (какъ закону домициля), а способность 16-лѣтняго потому только, что она не квалифицируется кодексомъ, какъ особое свойство, слѣдуетъ обсуждать заграницей по туземному закону? Или другой примѣръ. «По нѣкоторымъ законодательствамъ женщинамъ для ихъ сдѣлокъ нужно участіе опекуна, или замужнія женщины нуждаются въ согласіи мужа. Если быть послѣдовательнымъ, то, согласно ученію Вехтера, въ томъ случаѣ, когда женщина вступаетъ въ сдѣлку заграницей, нужно по закону домициля обсуждать только наличность свойства, т.-е. вопросъ о томъ, есть ли она женщина, а не мужчина, или замужняя, а не дѣвица или вдова. А необходимость участія опекуна или согласія мужа надо бы обсуждать не по закону домициля, потому что это относится къ юридическимъ послѣдствіямъ и ограниченіямъ»[1]). Послѣ этой критики Савиньи, можно было бы считать цѣнность Вехтеровскаго критерія уничтоженной; однако, запоздалый отголосокъ этой стороны ученія Вехтера можно найти у современнаго намъ англійскаго юриста, Дайси[2]).

Въ чемъ же положительное ученіе самого Савиньи? Подъ традиціонное рѣшеніе онъ подводитъ новый идейный фундаментъ. Гдѣ бы ни обсуждалось личное состояніе человѣка, дома или заграницей, все равно, — обсуждать его слѣдуетъ по закону его домициля. Савиньи думалъ, что это только послѣдовательное примѣненіе его формулы: «найти мѣсто, гдѣ сидитъ правоотношеніе». Личность, какъ центръ всѣхъ правоотношеній, привязана къ законамъ своего домициля; слѣдовательно, принципіально только эти законы и компетентны для сужденія о состояніи. При этомъ подъ состояніемъ Савиньи разумѣетъ вмѣстѣ и правоспособность и дѣеспособность. Но принципъ компетентности личнаго статута нельзя проводить до конца, и Савиньи приводитъ исключенія,

---

[1]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII, p. 136.
[2]) Dicey, Conflict of laws p. 463.

Digitized by Google

когда законъ домициля не примѣнимъ. И здѣсь онъ только вѣренъ своей общей теоріи: принципъ международной общности отступаетъ назадъ предъ извѣстнаго рода законами. Исключенія образуютъ два класса. Во-первыхъ, если законъ о правоспособности и дѣеспособности принадлежитъ къ тѣмъ абсолютнымъ законамъ, которые по своей аномальной природѣ лежатъ внѣ предѣловъ юридической общности независимыхъ государствъ, другими словами, если законъ имѣетъ для даннаго государства абсолютное значеніе по соображеніямъ нравственнымъ, политическимъ или экономическимъ, — то въ такомъ случаѣ судъ долженъ примѣнить не законъ домициля, а туземное законодательство. Такъ, въ христіанской странѣ не позволятъ магометанину вступить во второй бракъ при существованіи перваго, т.-е. примѣнятъ къ его дѣеспособности не его личный статутъ, а туземный законъ. Въ странѣ, гдѣ признается свобода совѣсти, судъ не признаетъ ограниченій правоспособности, существующихъ для еретиковъ въ ихъ домицилѣ, а примѣнитъ туземный законъ о дѣеспособности. Вопросъ о правѣ пріобрѣтенія «мертвой руки» обсуждается не по личному статуту церковнаго учрежденія, а по закону страны, къ которой принадлежитъ судья, все равно, будетъ ли туземный законъ либеральнѣе или строже отечественнаго. Законъ, ограничивающій права евреевъ на пріобрѣтеніе недвижимостей, распространяется и на иностранныхъ евреевъ; но заграницей, гдѣ такихъ ограниченій не знаютъ, могутъ пріобрѣтать недвижимости и наши евреи. То же, если въ странѣ судьи вообще не признается институтъ, дѣйствующій въ домицилѣ иностранца, — напр., гражданская смерть, невольничество. Во-вторыхъ, личный статутъ не примѣняется въ рядѣ случаевъ, которые только по недоразумѣнію связаны съ вопросомъ о правоспособности и о дѣеспособности. Такъ, вопросъ о дворянскихъ привилегіяхъ иностранцевъ, о конкурсныхъ привилегіяхъ иностранной казны или церквей, о правѣ малолѣтнихъ на оспариваніе сдѣлокъ, на сокращенную давность, — всѣ эти вопросы стоятъ, по Савиньи, въ соотвѣтственной связи съ учрежденіемъ дворянства, съ конкурснымъ процессомъ, съ ученіемъ объ оспоримости сдѣлокъ, объ исковой давности, а не съ вопросомъ о дѣеспособности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ надлежитъ въ поискахъ компетентнаго закона справляться въ законахъ объ этихъ институтахъ[1]).

Слабая сторона ученія Савиньи заключалась въ томъ же, въ чемъ и ученіе романской школы о «публичномъ порядкѣ», какъ

[1]) Savigny, op. cit. § 365.

Digitized by Google

препятствіи къ примѣненію иностранныхъ законовъ: грани публичнаго порядка неуловимы, неуловимы и критеріи «абсолютныхъ» законовъ. А между тѣмъ всѣ конкретныя рѣшенія, предложенныя Савиньи, дѣйствительно неуязвимы. Ошибка, слѣдовательно, не въ нихъ, а въ ихъ обоснованіи и въ подходѣ къ нимъ. Савиньи ошибался, желая дать одну и ту же норму и для правоспособности, и для дѣеспособности. Онъ вообще считалъ вопросъ о правоспособности для современныхъ законодательствъ, въ отличіе отъ римскаго права, второстепеннымъ, и главное свое вниманіе сосредоточилъ на предѣлахъ примѣненія своего принципа къ обсужденію дѣеспособности. Между тѣмъ всѣ тѣ затрудненія, которыя обязывали его уклониться отъ принципа, создаются именно вопросомъ о правоспособности, а не о дѣеспособности. Ошибка тѣмъ болѣе удивительная, что Савиньи отлично различалъ оба понятія.

Незадолго до Савиньи американскій юристъ, Стори, резюмировалъ доктрину французскихъ и голландскихъ статутаріевъ и англійскую и американскую судебную практику (1834). Онъ доказываетъ, что заблуждаются тѣ, кто утверждаетъ, будто компетентность закона домицилія для обсужденія «способности» или «неспособности» составляетъ повсемѣстно признанное правило. Развѣ протестанта, объявленнаго еретикомъ или обезчещеннымъ въ католической странѣ его домицилія, будутъ считать еретикомъ и въ протестантской странѣ? Развѣ лицъ, объявленныхъ въ Англіи «внѣ закона», «отлученными отъ церкви», «граждански умершими», «совращенными въ католицизмъ», признаютъ безправными и въ Америкѣ, гдѣ всѣ такого рода ограниченія чужды «генію мѣстныхъ учрежденій»? Развѣ монаху, священнику, монахинѣ, покинувшимъ свой европейскій домицилъ, помѣшаютъ вступить въ бракъ въ Америкѣ? Не свидѣтельствуютъ ли всѣ эти примѣры, что «способность» не всегда обсуждается по закону домицилія? И именно тогда не обсуждается, когда ограниченіе основано не на естественномъ, а на позитивномъ обычаѣ или законѣ? Такъ Стори говорилъ о capacity, но думалъ только о правоспособности[1]).

Честь правильной постановки вопроса принадлежала Бару (1862). Онъ первый сказалъ отчетливо: нужно различать коллизіи законовъ о правоспособности отъ коллизій законовъ о дѣеспособности. Съ нимъ мы вступаемъ въ современную намъ стадію развитія международнаго частнаго права.

---

[1]) Story, Commentaries on the conflict of laws., 6 edit., 1865, §§ 91, 92, 94, 104.

Digitized by Google

VII.

«Всѣ люди равноправны, говорила декларація національнаго собранія отъ 20—26 августа 1789 г.; соціальныя различія могутъ быть основаны только на общей пользѣ». Перечисляя права человѣка въ обществѣ, декларація конвента отъ 29 мая 1793 г., ставила на первое мѣсто равенство, и опредѣляла его, какъ возможность для каждаго пользоваться тѣми же правами (ст. 2). Этотъ принципъ равной гражданской правоспособности остался для Франціи самымъ прочнымъ изъ всѣхъ завоеваній революціи 1789 г., и, пронесенный французами по всей Европѣ, вошелъ во всеобщее сознаніе. Его предпосылкой было признаніе въ каждомъ человѣкѣ субъекта гражданскихъ правъ, — признаніе, нашедшее себѣ затѣмъ выраженіе во многихъ гражданскихъ кодексахъ XIX вѣка. Уже въ австрійскомъ уложеніи 1811 г. было объявлено, что каждый человѣкъ имѣетъ прирожденныя, самимъ разумомъ продиктованныя права, и потому долженъ разсматриваться, какъ лицо (ст. 16), и что каждый способенъ пріобрѣтать права подъ условіями, предписанными закономъ (ст. 18). Сто лѣтъ спустя тотъ же принципъ выражаетъ германское уложеніе 1896 г., говоря, что какъ только человѣкъ родится, онъ уже правоспособенъ (ст. 1), и швейцарское 1907 г., постановляя что «правоспособенъ каждый; сообразно съ этимъ для всѣхъ людей существуетъ въ рамкахъ правопорядка равная способность имѣть права и обязанности (ст. 11)». Только въ давно раскрѣпощенной Россіи принципъ все еще ищетъ себѣ адэкватнаго выраженія въ законѣ: Основные Законы 1906 г. провозглашаютъ равенство россійскихъ подданныхъ (ст. 76); полную дань современному правосознанію отдаетъ только проектъ гражданскаго уложенія 1905 г., по ст. 1 котораго «каждый признается способнымъ имѣть и пріобрѣтать гражданскія права, личныя и имущественныя». Въ принципѣ можно сказать, что современное гражданское право культурныхъ народовъ признаетъ субъектомъ гражданскихъ правъ всякаго человѣка. Отпали, съ одной стороны, такія представленія древнегерманскаго права, при которыхъ родившійся человѣкъ становился правоспособнымъ только по совершеніи извѣстныхъ обрядовъ: напр., по салическому закону (XXIV, 4) и по рипуарскому (XXXVI, 10) требовалось освященіе новорожденнаго водою, по вестготскому (IV, 2, 17 и 18) крещеніе для того, чтобы онъ могъ считаться способнымъ наслѣдовать[1]). Отпали, съ другой стороны, такіе институты, какъ рабство

[1]) Schupfer, Il diritto privato dei popoli germanici, 1913, I, p. 7.

Digitized by Google

и гражданская смерть въ силу приговора или монашескаго обѣта, при которыхъ живой и не пропавшій безъ вѣсти человѣкъ переставалъ быть субъектомъ гражданскихъ правъ. Въ Россіи лишеніе всѣхъ правъ состоянія и постриженіе все-таки не тожественны съ гражданскою смертью.

Всѣ приведенныя выше торжественныя заявленія законодателей касаются только общей правоспособности, или способности быть субъектомъ гражданскихъ правъ, нисколько не опредѣляя содержанія или объема правоспособности. Поэтому въ тѣхъ же пяти странахъ вполнѣ правоспособенъ далеко не всякій. Такъ, французскій кодексъ 1804 г., представляющій реакцію противъ законодательства революціонной эпохи, говоритъ о «цивильныхъ правахъ», которыя доступны иностранцамъ только, если они допущены къ пріобрѣтенію домициля во Франціи, или же только тѣмъ иностранцамъ, съ отечествомъ которыхъ заключенъ трактатъ о взаимности (стт. 13 и 11). Правда, на практикѣ эти недоступныя иностранцамъ гражданскія права сводятся къ ограниченію въ правѣ рубки дровъ въ коммунальномъ лѣсу (c. for. art. 105). Въ кодексѣ 1804 г. первоначально признавалась гражданская смерть (ст. 22 и слѣд.), по законъ 31 мая 1854 г. отмѣнилъ ее; для осужденныхъ къ пожизненному наказанію осталась неспособность пріобрѣтать по дару и наслѣдовать по завѣщанію, за исключеніемъ алиментовъ. Австрійское уложеніе ограничиваетъ правоспособность лицъ, давшихъ торжественный обѣтъ при вступленіи въ монашескій орденъ: они не могутъ усыновлять (ст. 179), завѣщать (ст. 573) и пріобрѣтать по завѣщанію (ст. 538) или инымъ способомъ (ст. 356). Но эти ограниченія не уподобляютъ состоянія монашества гражданской смерти, потому что монахъ не теряетъ своего права на имущество, которое ему принадлежитъ при дачѣ обѣта; это имущество берется въ опеку и переходитъ къ наслѣдникамъ только послѣ дѣйствительной смерти собственника. Съ выходомъ изъ ордена, хотя бы и самовольнымъ, или и съ отреченіемъ отъ католицизма, отпадаютъ всѣ ограниченія, но остается неспособность ко вступленію въ бракъ (ст. 63). Ограничена правоспособность дезертира до его поимки: онъ не способенъ пріобрѣтать или отчуждать, наслѣдовать и завѣщать; ранѣе составленное завѣщаніе его признается недѣйствительнымъ (ст. 208 Mil. Str. Ges.). На практикѣ потерялъ силу законъ 1832 г., связывающій тѣ же послѣдствія съ недозволенной эмиграціей. Послѣдствіями разныхъ преступленій могутъ быть: препятствіе ко вступленію въ бракъ (стт. 67 и 68), лишеніе родительской власти (ст. 176), признаніе недостойнымъ наслѣдовать (ст. 540), быть свидѣтелемъ по завѣщанію (ст. 592). Лицо, ведущее

Digitized by Google

завѣдомо безнравственный или недостойный образъ жизни, можетъ быть лишено наслѣдства (ст. 768), устранено отъ воспитанія своихъ дѣтей и отъ опеки (стт. 178, 191); малолѣтнему можетъ быть отказано въ разрѣшеніи вступить съ нимъ въ бракъ (ст. 53). Въ принципѣ женщины равноправны съ мужчинами; но къ опекѣ призываются только мать и бабка (ст. 192), и женщина можетъ быть свидѣтельницей по завѣщанію только въ случаяхъ крайней необходимости (ст. 597). Иностранцы равноправны съ подданными, но въ видѣ реторсіи можетъ наступить исключеніе (ст. 33); въ частности, не могутъ пріобрѣтать недвижимости черногорцы и болгарскія и сербскія юридическія лица[1]). Въ Германіи ограниченіе правоспособности возможно только въ силу стт. 87 и 88 E. G. для монаховъ, пріобрѣтающихъ путемъ даренія и завѣщанія и для иностранцевъ, пріобрѣтающихъ недвижимости; тѣ и другіе нуждаются въ разрѣшеніи правительства союзнаго государства, на территоріи котораго находится имущество. Рабство, крѣпостничество и гражданская смерть въ Германіи не признаются, но рабство существуетъ въ германскихъ колоніяхъ[2]). Въ Швейцаріи новое уложеніе сохранило ограниченіе правоспособности вслѣдствіе безчестнаго образа жизни, развратнаго или просто недостойнаго поведенія; такъ, можетъ быть отказано въ искѣ о признаніи отчества, если мать вела во время зачатія дурной образъ жизни (ст. 315); не можетъ быть опекуномъ тотъ, кто по суду лишенъ «гражданскихъ почестей и правъ» или ведетъ безчестный образъ жизни (ст. 384)[3]). Сословіе, полъ и вѣроисповѣданіе не вліяютъ на правоспособность ни въ одной изъ названныхъ четырехъ странъ.

Въ задачи настоящаго изслѣдованія не входитъ сравнительное изученіе законодательствъ; для иллюстраціи же той почвы, на которой возможны конфликты законовъ, достаточно примѣровъ, взятыхъ изъ двухъ самыхъ старыхъ и двухъ самыхъ новыхъ европейскихъ уложеній. По той же причинѣ представляется излишнимъ перечень многочисленныхъ и въ общемъ извѣстныхъ всѣмъ ограниченій правоспособности по русскому законодательству.

Какой изъ разномѣстныхъ законовъ призванъ въ случаѣ коллизіи къ обсужденію субъектности и правоспособности иностранца?

---

[1]) Unger, System d. oesterr. Privatrechts, 1876, I, pp. 252 сл., и Pfersche, Grundriss d. allgem. Lehren d. bürgerlichen Rechts, 1907, pp. 14 сл.

[2]) Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1910, I, p. 378.

[3]) Gmür, Kommentar zum Schweizer. Zivilgesetzbuch, 1910, I, p. 80; тамъ же перечень другихъ послѣдствій порочности.

Digitized by Google

VIII.

Сперва о субъектности.

Она дается не природой, а объективнымъ правомъ. Природа знаетъ людей; субъекты существуютъ только потому, что существуетъ правопорядокъ. Безразлично, идетъ ли рѣчь объ индивидѣ или о группѣ, объединенной въ формѣ юридическаго лица; въ обоихъ случаяхъ субъектность предполагаетъ признаніе со стороны гражданскаго правопорядка. Въ этомъ одномъ лежитъ уже указаніе на компетентный при коллизіи законъ: субъектность дается личнымъ статутомъ; законъ всякой другой территоріи можетъ отвергнуть ее для себя, но не можетъ сдѣлать такъ, чтобы ея не было; если онъ хранитъ молчаніе, то это значитъ, что онъ довольствуется квалификаціей со стороны личнаго статута, или, иначе говоря, признаетъ компетентнымъ личный статутъ. Однако, такой отвѣтъ, совершенно правильный относительно юридическихъ лицъ, не пріемлется практикою и не пригоденъ de lege ferenda въ отношеніи лицъ физическихъ. Различіе въ отвѣтахъ—неизбѣжное послѣдствіе разницы въ комбинаціи фактическихъ условій коллизій въ томъ и въ другомъ случаѣ. О юридическомъ лицѣ, которое существуетъ въ своемъ отечествѣ, могутъ заграницей сказать: «а мы все-таки его существованія, т.-е. субъектности, не признаемъ». О физическомъ лицѣ, — когда нѣтъ рѣчи о нежизнеспособномъ младенцѣ или о безвѣстноотсутствующемъ, — послѣ того, какъ всѣ законодательства стали на ту точку зрѣнія, что «человѣкъ» и «правоспособность» синонимы, такъ заграницей сказать не могутъ, за отсутствіемъ самой нормы, отрицающей субъектность человѣка; тамъ могутъ имѣть только поводъ сказать обратное: «его отечество, можетъ быть, и не считаетъ его субъектомъ, но для насъ понятія живого человѣка и не субъекта или асубъекта одно другое исключаютъ». Отсюда компетентнымъ для сужденія о субъектности юридическаго лица можетъ и долженъ быть личный статутъ, а для сужденія о субъектности физическаго лица онъ имъ быть не можетъ, подъ страхомъ противорѣчія съ принципомъ признанія субъектности каждаго человѣка.

Это не вызываетъ сомнѣній, когда рабъ и т. п. асубъектъ (по личному статута человѣка) окажется на территоріи правопорядка, не знающаго асубъектныхъ людей. Совершенно очевидно, что въ силу принципа: «всѣ люди — субъекты» съ момента вступленія на территорію такой страны, рабъ или живой мертвецъ, — монахъ и т. п., суть субъекты. Но какъ быть въ томъ случаѣ, когда такой человѣкъ самъ находится на территоріи своего отечества, а въ странѣ,

Digitized by Google

гдѣ асубъектныхъ людей нѣтъ, необходимо рѣшить, есть ли это субъектъ: считаться ли хотя бы въ этомъ случаѣ съ его личнымъ статутомъ или же держаться того же принципа, — что всѣ люди — субъекты? Отвѣчая за одно на вопросъ о субъектности и на вопросъ, который мы разсмотримъ ниже, о правоспособности, говорили [1]), что, если, напр., рабъ, находясь въ отечествѣ, заключилъ по перепискѣ сдѣлку или получилъ въ даръ имущество на территоріи, гдѣ рабства не существуетъ, и чрезъ представителя требуетъ осуществленія своихъ правъ, то безполезно игнорировать его личный статутъ: возможно, что данное имъ письменное распоряженіе или полномочіе дано подъ угрозой насилія, что обогатится не онъ, а его господинъ или учрежденіе (монастырь, тюрьма и т. п.); поэтому правильнѣе помириться съ тѣмъ, что это не — субъектъ. Однако, такой отвѣтъ непріемлемъ. Вопросъ о субъектности можно и отдѣлить отъ вопроса о правоспособности; онъ можетъ быть поставленъ, когда человѣкъ хочетъ или долженъ явиться стороною въ гражданскомъ процессѣ; въ способности быть истцомъ или отвѣтчикомъ и проявляется субъектность безъ приложенія къ конкретнымъ правамъ: можно искать, не имѣя никакого матеріальнаго права, просто потому, что двери судовъ всѣмъ открыты, и можно очутиться въ роли отвѣтчика, не будучи ни къ чему матеріально обязаннымъ, по той же причинѣ, что отъ вызова на судъ никто не застрахованъ. Способность быть стороною въ процессѣ (Parteifähigkeit) не слѣдуетъ смѣшивать съ способностью лично выступать на судѣ или съ процессуальною способностью (Prozessfähigkeit); эту послѣднюю каждый судья можетъ обсуждать только по своему уставу гражданскаго судопроизводства (lex fori). Но если мы способность быть стороною въ процессѣ согласимся обсуждать по личному статуту, т.-е. допустимъ, что существуютъ люди, которые не способны быть истцами или отвѣтчиками даже въ лицѣ представителей, то мы этимъ только внесемъ лишнюю смуту въ гражданско-правовыя отношенія: иностраннаго монаха нельзя было бы вызвать на судъ въ качествѣ отвѣтчика по иску о расторженіи брака, заключеннаго имъ на территоріи суда благодаря недосмотру чиновника гражданскаго состоянія, или по иску объ уплатѣ по счету гостиницы на территоріи суда, — нельзя было бы вызвать послѣ того, какъ онъ покинулъ эту территорію. Въ Германіи, гдѣ прежде склонялись въ пользу рѣшенія по личному статуту [2]), теперь стоятъ за противоположное рѣшеніе [3]), опираясь на то, что по ст. 50 Уст. Гражд.

---

[1]) Bar, op. cit. I, p. 408.
[2]) Neumann,, Internat. Privatrecht, 1896, p. 59.
[3]) Habicht, Internat. Privatrecht, 1907, p. 51.

Digitized by Google

Суд. 1898 г. «способенъ быть стороною всякій, кто правоспособенъ» по ст. 1 BGB. правоспособенъ каждый человѣкъ, и по ст. 30 E. G. «иностранные законы не примѣняются, если ихъ примѣненіе противорѣчило бы добрымъ нравамъ или цѣли германскаго закона».

Такимъ образомъ, компетентность личнаго статута для рѣшенія вопроса о субъектности отвергается, и потому, что въ принципѣ нѣтъ асубъектныхъ людей, и потому, что противоположное рѣшеніе практически недопустимо. Но и то, что называютъ спеціальною правоспособностью или объемомъ правоспособности, или, что по нашему можно просто называть правоспособностью, не можетъ быть обсуждаемо по личному статуту. Баръ объяснилъ это, прежде всего, какъ слѣдствіе признанія гражданскаго равноправія иностранцевъ: считаться въ вопросѣ о правоспособности съ ихъ національнымъ закономъ, значило бы ставить ихъ то въ худшее, то въ лучшее положеніе, чѣмъ собственныхъ подданныхъ. Два примѣра пояснятъ это. Еще не такъ давно въ Швеціи дѣйствовалъ законъ, по которому отреченіе отъ лютеранства имѣло послѣдствіемъ лишеніе права наслѣдованія; тогда шведа, перешедшаго въ своемъ отечествѣ въ православіе, слѣдовало бы не допускать къ наслѣдованію въ Россіи. Обратно, въ любой изъ западныхъ странъ, за исключеніемъ Румыніи, должны бы не допускать къ пріобрѣтенію сельской недвижимости или даже къ свободному избранію мѣстожительства русскаго еврея, на томъ основаніи, что онъ не имѣетъ этихъ правъ въ своемъ отечествѣ. Послѣдній примѣръ показываетъ, что считаться съ отечественнымъ закономъ иностранца значитъ итти въ разрѣзъ съ тѣми политическими и этическими соображеніями, которыя опредѣлили признаніе каждаго человѣка правоспособнымъ: въ странѣ, гдѣ вѣроисповѣданіе или національность не имѣютъ вліянія на правоспособность, нужно было бы считаться съ тѣми ограниченіями, которыя существуютъ на этомъ основаніи въ странѣ домициля или въ отечествѣ иностранца. Кромѣ того, нѣкоторыя нормы, ограничивающія правоспособность, возможны только потому, что въ странѣ существуютъ особыя учрежденія для ихъ примѣненія; напр., какъ можно было бы въ странѣ, гдѣ не знаютъ гражданской смерти, какъ наказанія, разсматривать, какъ трупъ, человѣка, котораго не держатъ въ заключеніи? Прочія нормы, ограничивающія правоспособность лица въ связи съ приговоромъ уголовнаго суда, также не могутъ вліять на его правоспособность въ другой странѣ, потому что приговоры иностранныхъ судовъ въ исполненіе не приводятся, и для того, чтобы не допустить, напр., лишеннаго гражданской чести къ отправленію обязанностей опекуна, нужно бы судить его вновь,

Digitized by Google

чтобы провѣрить, правильно ли онъ подвергнутъ отнятію чести; но и это имѣло бы смыслъ только тогда, если бы въ странѣ существовала такая же норма о лишеніи чести по приговору суда. Если, напр., приговоромъ отечественнаго суда постановлено лишить лицо навсегда права торговли, то немыслимо, чтобы это имѣло значеніе въ странѣ, гдѣ отнятіе этого права по суду невозможно. И, обратно, въ странѣ, гдѣ не знаютъ сословныхъ привилегій, на какое гражданское преимущество могъ бы притязать иностранный дворянинъ, который въ отечествѣ пользуется привилегіями?

Казалось бы, что, если некомпетентенъ отечественный законъ, то на вопросъ, какой же законъ компетентенъ, отвѣтъ готовъ: туземный законъ. Но такой простой отвѣтъ опасенъ, потому что подъ туземнымъ закономъ можно понимать и законъ страны, гдѣ судъ обсуждаетъ вопросъ о правоспособности такого иностранца, который не притязаетъ вовсе на пріобрѣтеніе какого-либо права въ этой странѣ, lex fori въ чистомъ видѣ. Вехтера какъ разъ и упрекали (Савинья и Баръ) въ томъ, будто онъ въ своихъ разсужденіяхъ противополагалъ закону домицила законъ форума; на самомъ дѣлѣ Вехтеръ въ такомъ грубомъ недосмотрѣ не повиненъ, но обратить вниманіе на возможность такого недосмотра далеко не лишнее. Легко представить себѣ, какъ онъ можетъ возникнуть. Мы знаемъ, какъ должны смотрѣть на раба изъ германской колоніи, если онъ очутится на имперской территоріи лично или предъявитъ какое-нибудь требованіе чрезъ судебнаго представителя, оставаясь на территоріи колоніи (онъ могъ выдать довѣренность и не на этой территоріи). Но возможна и другая комбинація: въ германскомъ судѣ можетъ вестись споръ о закономѣрности пріобрѣтенія какой-либо вещи въ колоніи отъ продавца-раба; можетъ быть нужно рѣшить, имѣлъ ли рабъ право ее продать помимо воли своего господина. Этотъ вопросъ надлежало бы рѣшить не по германскому, а по колоніальному праву, потому что обсуждаемое правоотношеніе привязано не къ Германіи, а къ колоніи [1]). Очень хорошо выразилъ этотъ принципъ Дайси въ видѣ правила, что «каково бы ни было состояніе лица по закону его домицила, это состояніе будетъ всецѣло признано англійскимъ судомъ для сдѣлокъ, которыя сполна совершаются въ странѣ домициля [2])». Англійскому суду нѣтъ дѣла до того, каково было бы состояніе лица въ Англіи; судъ опредѣлитъ его состояніе по законамъ его домицила. Англійскій судъ приметъ во вниманіе послѣдствія, вытекающія изъ гражданской смерти для лица, домицилированнаго въ странѣ, гдѣ этотъ институтъ функціонируетъ,

[1]) Niemeyer, Internationales Privatrecht, p. 118.
[2]) Dicey, op. cit. Rule 126.

Digitized by Google

хотя англійскому праву онъ не извѣстенъ; такъ, судъ признаетъ, что имущество, находящееся въ Испаніи, перешло къ наслѣдникамъ лица, постригшагося въ монахи въ Испаніи, т.-е. до извѣстной степени судъ признаетъ эффектъ состоянія монашества, — института, чуждаго англійскому правопорядку. Конечно, судъ могъ бы сказать, что такіе институты, какъ рабство или гражданская смерть настолько возмущаютъ его совѣсть, что онъ не можетъ допускать выведенія изъ нихъ какихъ-либо правъ. Но на это можно замѣтить, что никакое судейское негодованіе не можетъ сдѣлать того, чтобы этихъ институтовъ не было въ той чужой странѣ, гдѣ они существуютъ; а не признавать вообще за правопорядокъ тотъ строй жизненныхъ отношеній, который цѣлый народъ считаетъ для себя пріемлемымъ, значитъ не помнить, что все объективное право есть явленіе историческое и что цѣнность всѣхъ его нормъ только относительная. Поэтому, когда правоотношеніемъ связываются люди не въ странѣ судьи, а въ другой, и если отъ суда требуется только заключеніе, что человѣкъ, котораго то правоотношеніе коснулось, былъ неправоспособенъ, хотя бы абсолютно, или такъ былъ ограниченъ въ своей правоспособности, какъ въ странѣ судьи никого не ограничиваютъ, то у суда нѣтъ никакого основанія судить о правоспособности того человѣка по своему закону.

Такъ устраняются компетентность личнаго статута и закона форума. Остается законъ той страны, къ которой привязано (съ гражданско-правовою жизнью которой связано) то самое правоотношеніе, для установленія котораго нужна такъ, а не иначе, квалифицируемая правоспособность. И это сказалъ впервые Баръ[1]), оставаясь въ этомъ отношеніи только вѣрнымъ послѣдователемъ формулы Савиньи, по которой всегда компетентенъ законъ страны, гдѣ «сидитъ» правоотношеніе. Можно спросить: какъ? Савиньи предшественникъ Бара въ вопросѣ, который онъ самъ разрѣшалъ въ пользу компетентности личнаго статута? Несомнѣнно такъ; можно сказать, что Савиньи самъ былъ менѣе вѣренъ своему принципу, чѣмъ Баръ его ученію. Савиньи просто ошибался, когда личность, взятую самое по себѣ, разсматривалъ, какъ правоотношеніе; личность только одинъ изъ элементовъ правоотношенія, а не уже правоотношеніе. Судить о правоспособности лица слѣдуетъ не по закону страны, гдѣ «сидитъ» лицо, а по закону страны, гдѣ «сидитъ» правоотношеніе, т.-е. по тому закону, который господствуетъ надъ правоотношеніемъ, для котораго нужно правоспособное лицо. Дальнѣйшее объясненіе этого тезиса при-

[1]) Theorie u. Praxis d. Internat. Privatrechts, 2 изд. 1889, I, pp. 390 ss.

Digitized by Google

надлежитъ Цительману. Когда о человѣкѣ спрашиваютъ, правоспособенъ ли онъ, то это значитъ только, что въ составъ фактовъ, въ зависимость отъ которыхъ законъ ставитъ пріобрѣтеніе даннаго права, входитъ бытіе лица, обладающаго такими-то свойствами, потребными для пріобрѣтенія этого права; правоспособно конкретное лицо, соотвѣтствующее требованіямъ закона относительно фактическихъ условій пріобрѣтенія даннаго права. Но рѣшить вопросъ, какія фактическія условія для этого пріобрѣтенія необходимы, можетъ только тотъ законъ, который въ силахъ это право даровать. Такъ, напр., право собственности можетъ дать только вещный статутъ, т.-е. законъ страны, гдѣ находится вещь; онъ одинъ только и въ правѣ опредѣлять, какими свойствами долженъ обладать человѣкъ для того, чтобы становиться собственникомъ данной вещи [1]), и т. п.

На этомъ можно было бы успокоиться, если бы всѣ эти опредѣленія и Савиньи, и Бара, и Цительмана: «законъ страны, гдѣ сидитъ правоотношеніе», «законъ рѣшающій для правоотношенія», «дѣйственный статутъ», не давали повода для мучительнаго недоразумѣнія. О какомъ законѣ и о какомъ правоотношеніи идетъ во всѣхъ этихъ опредѣленіяхъ рѣчь? О томъ ли законѣ, который фактически господствуетъ надъ лицами въ тотъ моментъ, когда они устанавливаютъ данное правоотношеніе, или о томъ законѣ, который по теоріи Савиньи-Бара-Цительмана долженъ господствовать надъ этимъ правоотношеніемъ? Идетъ ли рѣчь о конкретномъ правоотношеніи между А и Б, или о всѣхъ правоотношеніяхъ даннаго рода? Примѣръ пояснитъ, въ чемъ разница. Человѣкъ N, лишенный всѣхъ правъ состоянія въ Россіи, или русскій монахъ вступилъ въ бракъ во Франціи. Мы имѣемъ конкретное правоотношеніе между N и его женою. Сказать, что это отношеніе законно, можетъ фактически, ибо лица находятся на его территоріи, французскій законъ. Но по теоріи названныхъ нѣмецкихъ ученыхъ судить о томъ, законно ли правоотношеніе, именуемое бракомъ, призванъ національный законъ мужа или каждаго изъ супруговъ. По терминологіи Цительмана «дѣйственнымъ статутомъ» для правоотношеній семейственнаго права является личный статутъ. Но, если такъ, то изгнанный въ дверь, личный статутъ возвращается въ окно: французскій законъ призналъ N правоспособнымъ, но «дѣйственный статутъ» долженъ сказать, что его правоотношеніе не существуетъ. Значитъ во Франціи не должны были допускать русскаго монаха ко вступленію въ бракъ? т.-е. должны были его

[1]) Zitelmann, Internat. Privatrecht, II, p. 83.

Digitized by Google

правоспособность обсуждать не по французскому, а по русскому закону? Какъ! отношеніе завязывается на французской территоріи, и французскій законъ не въ правѣ взять его подъ свою защиту? Но гдѣ же та инстанція, которая можетъ запретить французскому закону господствовать на своей территоріи? Ясно, что когда говорятъ о законѣ, который господствуетъ тамъ, гдѣ правоотношеніе «сидитъ», гдѣ оно устанавливается, гдѣ пріобрѣтается субъективное право, слѣдуетъ имѣть въ виду законъ той страны, гдѣ лицо, правоспособность котораго подъ сомнѣніемъ, вступаетъ въ правоотношеніе, для установленія котораго нужна правоспособность, т.-е. попросту законъ территоріи, а вовсе не тотъ законъ, который одинъ могъ бы надѣлять людей субъективными правами, если бы всѣ законодательства раздѣлили между собою свои компетенціи такъ, какъ это вытекало бы изъ международноправоваго разграниченія государствъ. Поясняя тезисъ о компетентности «дѣйственнаго статута» примѣрами, Цительманъ избѣгаетъ упоминанія какъ разъ о томъ, о чемъ только что упомянуто, т.-е. объ установленіи брачнаго правоотношенія; благодаря этому, остается неяснымъ, въ какомъ смыслѣ онъ разумѣетъ этотъ «дѣйственный статутъ», — въ своемъ обычномъ или въ томъ, который признается единственно допустимымъ здѣсь. Но дальше Цительманъ говоритъ уже прямо, что правоспособность должника по обязательству должна обсуждаться по его личному статуту, потому что это есть дѣйственный статутъ для обязательственныхъ правоотношеній, а тогда неизбѣжно получается выводъ, что, напр., русскій монахъ можетъ надѣлать во Франціи долговъ и затѣмъ отказаться по нимъ платить потому, что его личный статутъ объявляетъ его неспособнымъ имѣть обязательства. Со всѣми подобнаго рода недоразумѣніями необходимо разъ навсегда покончить, а для этого надлежитъ вмѣсто описательныхъ выраженій Савиньи, Бара и Цительмана говорить просто: правоспособность лица обсуждается по закону той самой страны, гдѣ это лицо вступаетъ въ такое жизненное отношеніе, которое территоріальный правопорядокъ защищаетъ, какъ гражданское правоотношеніе. Къ признанію компетентности именно этого закона приводитъ разсужденіе о сущности правоспособности. Она, какъ это вѣрно опредѣляетъ Іеллинекъ, есть совокупность того, что человѣкъ юридически можетъ; совокупность способностей, которыми правопорядокъ облекаетъ человѣка, и на основаніи которыхъ совершается пріобрѣтеніе отдѣльныхъ правъ и защита уже пріобрѣтенныхъ правъ; то, что называютъ личностью или правоспособностью индивида, это — собранныя въ одно цѣлое, разнообразныя, признанныя и дарован-

Digitized by Google

ныя правопорядкомъ способности, которыя всѣ заключаются въ возможности приводить государство или въ частности нормы его правопорядка въ движеніе въ индивидуальномъ интересѣ [1]). Стоя на почвѣ такого опредѣленія, мы должны разрѣшить конфликтный вопросъ въ пользу территоріальнаго закона, ибо, какъ возможно представить себѣ приведеніе въ движеніе аппарата матеріально-правовыхъ нормъ даннаго правопорядка въ пользу того, кто не соотвѣтствуетъ условіямъ, которыя ставитъ этотъ правопорядокъ?

Но въ такомъ случаѣ открывается новый конфликтъ между территоріальнымъ и личнымъ законами. Тотъ, кого личный статутъ объявляетъ неправоспособнымъ, пріобрѣлъ субъективное право на чужой территоріи, правопорядокъ которой призналъ его правоспособнымъ; впослѣдствіи обстоятельства приводятъ установленное такимъ образомъ правоотношеніе на судъ отечественнаго закона или закона третьей страны. Какъ должны отнестись эти два закона къ факту, что неправоспособный сдѣлался въ чужой странѣ субъектомъ права?

Понятно, что съ точки зрѣнія отечественнаго закона ничего не измѣнилось; онъ не можетъ признать своего подданнаго способнымъ къ пользованію на его территоріи правомъ, которое тотъ пріобрѣлъ за границей, разъ этотъ подданный въ его глазахъ неправоспособенъ: русскій или австрійскій монахъ не смогутъ, каждый въ своемъ отечествѣ, воспользоваться тѣмъ имуществомъ, которое они унаслѣдовали, напр., въ Германіи; браки, въ которые имъ удалось бы вступить во Франціи, не были бы признаны въ отечествѣ, если бы они туда переселились. Въ частности вопросомъ о наслѣдованіи иностранныхъ монаховъ задавался уже Савиньи и рѣшалъ его такъ, что данный за границею обѣтъ бѣдности слѣдуетъ разсматривать, какъ отреченіе отъ наслѣдства, и потому ихъ слѣдуетъ вовсе не допускать къ наслѣдованію. Баръ считалъ такое рѣшеніе вопроса цѣлесообразнымъ, потому что въ отечествѣ у монаха все равно отнимутъ имущество въ пользу его монастыря или казны, къ ущербу для туземныхъ родственниковъ наслѣдодателя. Однако, юридически такое рѣшеніе мало обосновано, потому что, если правопорядокъ вообще не связываетъ съ обѣтомъ бѣдности гражданскоправовыхъ послѣдствій, то и приравнивать этотъ обѣтъ къ отреченію отъ наслѣдства значитъ дѣлать натяжку. Конфликтъ такимъ способомъ не устраняется: правопорядокъ, въ глазахъ котораго правоспособенъ каждый, не сдѣлаетъ изъятія для неправопособнаго иностранца; личный законъ не дастъ на

[1]) Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte, pp. 56 сл.

Digitized by Google

своей территоріи защиты тому, кто въ его глазахъ неспособенъ обладать даннымъ субъективнымъ правомъ; отечественный судъ не заслужитъ упрека въ томъ, что онъ примѣняетъ законъ форума къ сужденію о правоотношеніи, которое съ этимъ закономъ не связано: оно съ нимъ связано именно тѣмъ, что одинъ изъ участниковъ правоотношенія — подданный.

Иное дѣло — законъ третьей страны. Онъ имѣетъ предъ собою, съ одной стороны, дозволеніе закона, который, господствуя надъ конкретнымъ отношеніемъ въ моментъ его установленія, взялъ его подъ свою защиту и далъ «неправоспособному» лицу субъективное право; съ другой — запрещеніе національнаго закона. Съ чѣмъ долженъ считаться законъ третьей страны? Съ тѣмъ, что каждый правопорядокъ господинъ на своей территоріи, и потому національный законъ не могъ запретить территоріальному закону дать субъективное право тому, кого послѣдній считалъ способнымъ получить его. Третье государство могло бы прекратить дѣйствіе права, которое существовало до того, какъ правоотношеніе перемѣстилось на его территорію, потому что каждое законодательство можетъ по своему опредѣлять условія не только для установленія, но и для прекращенія субъективныхъ правъ. Но для этого нужно было бы, чтобы правоотношеніе стало въ непосредственную связь съ гражданскимъ правопорядкомъ его страны. Когда этого нѣтъ, когда въ третьемъ государствѣ судъ призывается только сказать, существуетъ ли данное субъективное право, установленное заграницей, то для него можетъ имѣть значеніе только то обстоятельство, что иностранный правопорядокъ, который въ критическій моментъ установленія субъективнаго права имѣлъ возможность его даровать, признавалъ лицо правоспособнымъ для пріобрѣтенія этого права. До запрещенія со стороны національнаго закона суду третьяго государства нѣтъ дѣла; онъ не исполнитель чужихъ велѣній.

Такъ, для современнаго права можно считать окончательно установленною для коллизій законовъ о правоспособности слѣдующую норму: правоспособность опредѣляется закономъ той территоріи, на которой предполагается установленіе правоотношенія и пріобрѣтеніе субъективнаго права. Въ этой формулѣ вмѣсто слова: «предполагается» можно бы также сказать: «гдѣ лицо желаетъ установить и пріобрѣсти», если бы не опасность недоразумѣнія, будто для установленія права нужна воля заинтересованнаго. Формулированное правило дѣйствуетъ во всѣхъ странахъ, хотя нигдѣ оно не выражено въ законѣ. Оно есть норма внутреннегосударственная, а не надъ-

Digitized by Google

государственная. Т.-е., никакая власть, стоящая надъ правопорядкомъ, и никакое обязательство, принятое на себя правопорядкомъ по отношенію къ другимъ правопорядкамъ, не предписываютъ имѣть внутри правопорядка такую норму. И потому отечество не можетъ быть обязано считаться на своей территоріи съ тѣмъ пріобрѣтеніемъ, которое неправоспособный сдѣлалъ за границей. Но каждый правопорядокъ самъ опредѣляетъ, правоспособенъ ли тотъ, кто на его территоріи намѣревается пріобрѣсти субъективное право. И то, что каждый правопорядокъ самъ дѣлаетъ, когда рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи субъективнаго права на его территоріи, то онъ признаетъ правильно сдѣланнымъ, когда онъ самъ находится въ положеніи третьей стороны.

Иначе рѣшается въ конфликтной юриспруденціи, въ законодательствахъ и въ практикѣ вопросъ о коллизіонныхъ нормахъ для законовъ о дѣеспособности.

М. Брунъ.

Digitized by Google

Относительная недѣйствительность сдѣлокъ.

Вопросу относительной недѣйствительности сдѣлокъ на Западѣ, правда, лишь за послѣднее время, посвящена довольно богатая литература. Въ нашей цивилистической литературѣ этотъ видъ недѣйствительности сдѣлокъ не подвергался разработкѣ, онъ неизвѣстенъ и X тому, но отдѣльныя нормы нашего процессуальнаго законодательства, а также проекта обязательственнаго права, внесеннаго въ Государственную Думу, устанавливаютъ относительную недѣйствительность сдѣлокъ. Прежде чѣмъ обратиться къ выясненію понятія относительной недѣйствительности, мы постараемся, правда, лишь въ общихъ чертахъ, дать схему различныхъ видовъ недѣйствительности сдѣлокъ.

Обычно сдѣлки недѣйствительныя въ широкомъ смыслѣ этого слова дѣлятъ на сдѣлки ничтожныя и оспоримыя [1]). Но такое дѣленіе, съ одной стороны, недостаточно, а съ другой,—неправильно самое противопоставленіе ничтожности и оспоримости. Какъ увидимъ ниже, сдѣлка, оспоримая именно въ силу оспариванія можетъ быть ничтожной.

Дѣйствительность сдѣлки предполагаетъ наличность цѣлаго ряда основныхъ условій, будутъ ли то конститутивные элементы, какъ animus obligandi, свободное волеизъявленіе, внѣшняя форма, предписанная закономъ, или дозволенность цѣли, преслѣдуемой данной сдѣлкой. Отсутствіе какого-либо изъ этихъ основныхъ элементовъ дѣлаетъ сдѣлку ничтожной. Купля-продажа недвижимости, не облеченная въ надлежащую форму, не переноситъ права собственности [2]). Завѣщаніе родовой недвижимости внѣ случаевъ и условій, предусмотрѣнныхъ закономъ, недѣйствительно [3]). «Обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію

---

[1]) Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912 г., стран. 197.
[2]) Стт. 1417, 1420 т. X, ч. I.
[3]) Ст. 1068 т. X, ч. I.

Digitized by Google

онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной»[1]). Къ наличности указанныхъ недостатковъ законодательство относится различно, и въ связи съ этимъ сдѣлки ничтожныя должны быть раздѣлены на двѣ группы: въ однихъ случаяхъ ничтожность сдѣлки зависитъ отъ предъявленія спора заинтересованнымъ лицомъ, въ другихъ — ничтожность является первоначальной и наступаетъ всегда eo ipso.

Чѣмъ должно руководствоваться при констатированіи въ конкретномъ случаѣ того или другого вида ничтожности? Всѣ нормы частнаго права установлены въ публичныхъ интересахъ, но путь, которымъ достигается защита этихъ интересовъ, различенъ. Публичный интересъ можетъ быть поставленъ на первомъ планѣ, но его достиженіе можетъ явиться лишь рефлексомъ осуществленія интереса частнаго[2]). Въ связи съ этимъ ничтожность сдѣлки, обусловленная непосредственно публичнымъ интересомъ, — есть ничтожность первоначальная; ничтожность же, непосредственно связанная съ частнымъ интересомъ, обусловливается возбужденіемъ спора со стороны частнаго лица.

Сдѣлки первоначально ничтожныя судъ признаетъ таковыми ex officio внѣ зависимости отъ ссылки стороны на ихъ ничтожность. Но если судъ самъ по себѣ не обратитъ вниманія на дефектъ сдѣлки, то для признанія ее ничтожной заинтересованное лицо не должно особо оспаривать эту сдѣлку, оно въ правѣ ограничиться указаніемъ наличности дефекта[3]). Если иску о правѣ собственности противопоставляется отвѣтчикомъ актъ на недвижимость, не облеченный въ надлежащую форму, то истцу достаточно лишь указать на ничтожность этого акта. Сдѣлки, обладающія такими дефектами, ничтожны съ самаго начала, онѣ и не возникали, а потому при послѣдующемъ исправленіи этого дефекта онѣ не конвалесцируютъ[4]). Стороны не могутъ придать силу такимъ сдѣлкамъ подтвержденіемъ ихъ дѣйствительности, онѣ должны заключить новую сдѣлку[5]).

Сдѣлки, вопросъ о дѣйствительности которыхъ въ первую очередь связывается съ интересомъ частнаго лица, признаются ничтожными лишь въ случаѣ спора, заявленнаго послѣднимъ. Въ литературѣ представляется спорнымъ, каково положеніе сдѣлки до

---

[1]) Ст. 1529 Законовъ Гражд. т. X, ч. I.
[2]) L. Raape, Das gesetzliche Veräusserungsverbot, 1908, S. 94.
[3]) Tuhr, Der allgemeine Teil des deut. bürg. Rechts, II Band, 1914, стран. 280. Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1906, I Band, § 116, S. 391.
[4]) E. Strohal, Ueber relative Unwirksamkeit, 1911, S. 2.
[5]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, I Band, § 53, S. 159.

Digitized by Google

момента заявленія спора. По мнѣнію Эннекцеруса[1]), до того момента сдѣлка вполнѣ дѣйствительна. По мнѣнію Штрохаля, говорить о полной дѣйствительности сдѣлки однако нельзя, такъ какъ самая возможность оспариванія лишаетъ сдѣлку полнаго дѣйствія[2]). Унгеръ[3]) характерно отмѣтилъ состояніе сдѣлки до предъявленія спора какъ schwebende Nichtigkeit. Но если споръ заявленъ, то сдѣлка объявляется ничтожной ex tunc, она считается какъ бы совсѣмъ не возникшей[4]). Поскольку ничтожность такой сдѣлки обусловлена интересомъ частнаго лица, стороны могутъ придать сдѣлкѣ полную силу. Заинтересованное лицо можетъ отказаться отъ оспариванія, подтвердивъ дѣйствительность сдѣлки. Часто для предъявленія спора устанавливается особая сокращенная давность, пропускъ ея ведетъ къ устраненію schwebende Nichtigkeit и установленію полной дѣйствительности сдѣлки. Для оспариванія вообще завѣщаній, и въ томъ числѣ и завѣщанія родовой недвижимости, наше законодательство устанавливаетъ двухгодичный срокъ со дня публикаціи объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію[5]); если споръ будетъ заявленъ наслѣдниками по закону въ теченіе этого срока, то завѣщаніе ничтожно, — если нѣтъ, то по истеченіи двухъ лѣтъ оно вполнѣ дѣйствительно[6]). Уже изъ изложеннаго слѣдуетъ неправильность противоположенія ничтожности и оспоримости: оспоримость указываетъ на необходимое дѣйствіе, ничтожность же — на результатъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, чтобы сдѣлать сдѣлку ничтожной, ее должно оспорить[7]).

Ничтожность двухъ вышеуказанныхъ группъ сдѣлокъ обусловливалась отсутствіемъ элементовъ необходимыхъ для возникновенія сдѣлки или ея существованія. Но существуетъ цѣлый рядъ сдѣлокъ, не страдающихъ указаннымъ дефектомъ, однако не могущихъ проявить дѣйствія. Въ противоположность ничтожнымъ это — сдѣлки недѣйствительныя въ тѣсномъ смыслѣ этого слова[8]). Сюда

---

[1]) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, § 19, Anm. 3.

[2]) Strohal, ibid., стран. 5. Штрохаль ссылается на § 770 DBGB, по которому: «Поручитель можетъ отказывать кредитору въ удовлетвореніи, пока главный должникъ въ правѣ оспаривать сдѣлку, положенную въ основаніе его обязательства». См. также Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1906, I, § 118, S. 396.

[3]) Unger, System des österreichischen allgem. Privatrechts, II B, 1868, S. 151, Anm. 42.

[4]) § 142 DBGB.: Если сдѣлка, которая можетъ быть оспорена, оспаривается, то она разсматривается какъ ничтожная съ самаго начала.

[5]) Ст. 1066[12] т. X, ч. I.

[6]) Рѣшеніе Гражд. Касс. Деп. по дѣлу Лаптевыхъ 1910 г. № 51; по поводу этого рѣшенія Генкинъ, Завѣщаніе родовыхъ имуществъ, «Вѣстникъ права и нотаріата», 1910 г. № 49.

[7]) Reichmayr, Die Idee der Gläubigeranfechtung, 1913, S. 56.

[8]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8 Aufl. 1900, I Band, § 82, S. 360.

Digitized by Google

относятся сдѣлки, не дѣйствующія не въ силу въ основѣ присущаго имъ недостатка, а вслѣдствіе наступленія фактическаго обстоятельства. Такъ, сдѣлка недѣйствительна по истеченіи давностнаго срока; сдѣлка, заключенная подъ резолютивнымъ условіемъ, при наступленіи послѣдняго становится недѣйствительной; обратно, заключенная подъ отлагательнымъ условіемъ недѣйствительна при ненаступленіи условія[1]). Сюда относятся также сдѣлки, для наступленія дѣйствительности которыхъ законодатель требуетъ присоединенія извѣстныхъ добавочныхъ моментовъ. Хотя отсутствующіе элементы являются также конститутивными для данной сдѣлки, но законодатель не связываетъ съ ихъ отсутствіемъ обязательную ничтожность сдѣлки, а разрѣшаетъ участникамъ сдѣлки восполнить ее[2]). По ст. 220 т. X, ч. I для дѣйствительности сдѣлки, заключенной несовершеннолѣтнимъ, требуется согласіе попечителя. Но такая сдѣлка становится вполнѣ дѣйствительной, если согласіе попечителя будетъ дано и лишь послѣ ея заключенія или если несовершеннолѣтній по достиженіи 21 года подтвердитъ эту сдѣлку[3]). Такую же картину имѣемъ мы и при веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія[4]). Къ указаннаго рода сдѣлкамъ, недѣйствительнымъ въ тѣсномъ смыслѣ, Штрохаль[5]) причисляетъ также слѣдующія: сдѣлки, дѣйствительности которыхъ препятствуетъ право третьяго лица и которыя становятся дѣйствительными по отпаденіи права третьяго[6]); недѣйствительность распоряженія на случай смерти, связанная съ тѣмъ, что распоряженія эти проявляютъ свое дѣйствіе лишь въ моментъ смерти наслѣдодателя[7]): вполнѣ формально правильно составленное распоряженіе въ пользу опредѣленнаго лица недѣйствительно, если это лицо умираетъ въ промежуткахъ времени между составленіемъ завѣщанія и открытіемъ наслѣдства. При сдѣлкахъ указаннаго рода, поскольку ихъ недѣйствительность обусловливается недостаткомъ какого-либо конститутивнаго элемента, такая недѣйствительность

---

[1]) Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, 1887; Windscheid, ibid., I Band, § 82, Anm. 1; Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1906, I Band, § 115, Anm. 3, S. 389.

[2]) Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürg. Rechts, II Band, Erste Hälfte, 1914, стран. 274; Zitelmann, Das Recht des BGB, Allgemeiner Teil, 1900 S. 92, 101; Kohler, Lehrbuch des bürgerl. R. I, 1906, S. 559.

[3]) Рѣшеніе Гр. Касс. Деп. Сената 1903 г. № 88, 1871 г. № 795, 1869 г. № 8.

[4]) Windscheid, ibid., I Band, § 82, Anm. 1.

[5]) Strohal, ibid., S. 8—11.

[6]) *X* продалъ вещь *Y*, между тѣмъ она принадлежала *Z*, но ко дню, когда согласно договору вещь должна была быть передана *Y*, *Z* умираетъ, и *X*, какъ наслѣдникъ *Z*, становится собственникомъ вещи.

[7]) Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürger. Rechts, II Band. Erste Hälfte, стран. 274.

Digitized by Google

можетъ быть принята во вниманіе судомъ и ex officio. Такъ, судъ самъ долженъ отказать въ искѣ противъ несовершеннолѣтняго по обязательству, выданному отъ его имени безъ согласія попечителя, такъ какъ истецъ долженъ доказать свое право на искъ, а пока сдѣлка несовершеннолѣтняго не одобрена попечителемъ, контрагентъ не имѣетъ еще притязанія. Но въ другихъ случаяхъ вопросъ о недѣйствительности можетъ быть поднятъ лишь по заявленію заинтересованнаго контрагента сдѣлки. Судъ безъ ссылки заинтересованной стороны не можетъ отказать въ искѣ, хотя бы давность для предъявленія требованія уже прошла[1]). Сдѣлки даннаго рода въ отличіе отъ сдѣлокъ ничтожныхъ могутъ, смотря по обстоятельствамъ, быть признаны недѣйствительными какъ ex tunc, такъ и ex nunc, тогда какъ сдѣлки ничтожныя всегда недѣйствительны ex tunc. Сдѣлка, заключенная подъ резолютивнымъ условіемъ, въ случаѣ наступленія послѣдняго становится недѣйствительной, но плоды отъ эксплуатаціи участка, полученные въ силу этой сдѣлки одною изъ сторонъ до этого момента, не подлежатъ возвращенію. Обратно, полная дѣйствительность сдѣлокъ, связанная съ наступленіемъ извѣстнаго обстоятельства, можетъ быть отнесена къ моменту возникновенія самой сдѣлки (ex tunc) или же имѣть мѣсто лишь въ моментъ наступленія этого обстоятельства[2]).

Противъ выдѣленія сдѣлокъ недѣйствительныхъ въ тѣсномъ смыслѣ отъ сдѣлокъ ничтожныхъ возражаетъ Рейхмайеръ[3]). По его мнѣнію, оспариваніе такихъ сдѣлокъ приводитъ къ тому же результату, какъ и оспариваніе сдѣлокъ ничтожныхъ, такъ какъ между ничтожностью и абсолютной недѣйствительностью нѣтъ никакого различія. Типичные случаи этихъ сдѣлокъ, negotium claudicans, и сдѣлки условныя должны, по мнѣнію Рейхмайера, разсматриваться какъ сдѣлки съ Schwebezustand, и ихъ слѣдуетъ отнести къ сдѣлкамъ ничтожнымъ въ силу оспариванія. Поскольку сдѣлка недѣйствительная въ силу оспариванія становится недѣйствительной ex tunc, Рейхмайеръ правъ, мы имѣемъ фактически тотъ же результатъ, что и при оспариваніи ничтожныхъ сдѣлокъ. Но это обстоятельство не даетъ права сливать эти сдѣлки въ одну категорію. При сдѣлкахъ ничтожныхъ въ силу оспариванія ничтожность ихъ обусловливается недостаткомъ самой сдѣлки, но законъ

---

[1]) Ст. 706 Уст. Гр. Суд. Рѣш. Гр. Касс. Деп. Сената 1904 г. № 101, 1875 г. № 970.

[2]) По § 184 D. BGB, «Юридическое дѣйствіе послѣдующаго согласія относится къ моменту совершенія сдѣлки, если не постановлено иного».

[3]) Reichmayr, ibid., S. 3.

Digitized by Google

придаетъ значеніе этому недостатку лишь при ссылкѣ на него заинтересованной стороны; отсутствуетъ такая ссылка, и сдѣлка пріобрѣтаетъ полную дѣйствительность, несмотря на наличность недостатка. Иначе при сдѣлкахъ недѣйствительныхъ, въ томъ случаѣ, когда такая недѣйствительность обусловливается отсутствіемъ одного изъ конститутивныхъ элементовъ сдѣлки, законъ разрѣшаетъ впослѣдствіи восполнить этотъ недостатокъ, но дѣйствительность сдѣлки связывается не съ однимъ только отсутствіемъ спора (какъ при сдѣлкахъ оспоримо-ничтожныхъ), но и съ восполненіемъ сдѣлки. Поскольку такой недостатокъ можетъ быть принятъ ex officio во вниманіе судомъ, постольку эти сдѣлки приближаются къ сдѣлкамъ первоначально ничтожнымъ, но они существенно отличаются отъ послѣднихъ тѣмъ, что недостатокъ этотъ можетъ быть восполненъ, тогда какъ при ничтожныхъ нѣтъ [1]). До момента восполненія сдѣлка не лишена правового дѣйствія [2]), послѣднее, какъ отмѣчаетъ Штрохаль [3]), заключается уже въ томъ, что такая сдѣлка способна проявить полную силу въ случаѣ восполненія ея недостатка [4]). Поскольку сдѣлки недѣйствительныя въ тѣсномъ смыслѣ слова (не ничтожныя, а лишь недѣйствующія) могутъ быть признаны недѣйствительными ex tunc, можно говорить о Schwebezustand, но, поскольку онѣ признаются недѣйствительными ex nunc, о Schwebezustand не можетъ быть и рѣчи. Такъ, сдѣлка, заключенная подъ резолютивнымъ условіемъ, до момента наступленія этого условія вполнѣ дѣйствительна.

Сдѣлкамъ ничтожнымъ и сдѣлкамъ недѣйствительнымъ должна быть противопоставлена группа относительно недѣйствительныхъ сдѣлокъ. Въ германскомъ правѣ постановленія объ относительной недѣйствительности сдѣлокъ нашли себѣ мѣсто въ общей части Гражданскаго Уложенія. По § 135 BGB: Если распоряженіе какимъ-либо предметомъ нарушаетъ законный запретъ отчужденія,

---

[1]) Crome, System, Band I, S. 351; Staudinger, Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 7—8 Auflage, 1912, § 108, S. 417.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, I Band, 1906, § 115 S. 390.

[3]) Strohal, ibid., S. 6.

[4]) По германскому Гражд. Улож. (§ 109), если сдѣлка заключена несовершеннолѣтнимъ безъ согласія его законнаго представителя, то до воспослѣдованія согласія другой участникъ сдѣлки въ правѣ отступиться отъ нея. Это предоставленное закономъ право отступленія служитъ доказательствомъ, что и до момента согласія представителя сдѣлка порождаетъ правовой эффектъ. По русскому законодательству (ст. 220 т. X, ч. 1) у контрагента несовершеннолѣтняго нѣтъ права отступленія; такимъ образомъ въ отношеніи его сдѣлка вполнѣ дѣйствительна съ самаго начала (negotium claudicans) (см. рѣш. Гр. Касс. Деп. Сената 1875 г. № 900, 1871 г. № 933); отсюда, по крайней мѣрѣ въ отношеніи одной стороны, нельзя говорить о Schwebezustand сдѣлки.

Digitized by Google

ограждающій лишь интересы извѣстныхъ лицъ, то оно недѣйствительно лишь по отношенію къ этимъ лицамъ. А по § 136 запретъ отчужденія, исходящій отъ суда, равносиленъ законному запрету. Относительная недѣйствительность сдѣлокъ вытекаетъ по германскому законодательству и изъ ряда спеціальныхъ постановленій. Такъ, по § 29 герм. Конкурснаго Устава и § 1 закона о внѣконкурсномъ оспариваніи, оспариваніе кредиторами сдѣлокъ должника съ третьими лицами влечетъ за собой лишь относительную, а не абсолютную недѣйствительность такихъ сдѣлокъ. Наши Законы Гражданскіе не содержатъ ни общихъ, ни спеціальныхъ постановленій объ относительной недѣйствительности. Но проектъ обязательственнаго права знаетъ уже отдѣльные случаи относительной недѣйствительности. Такъ, по ст. 179 [1]): «Вѣритель въ правѣ отказаться, вполнѣ или въ части, отъ принадлежащаго ему требованія. Отказъ отъ требованія, совершенный во вредъ третьему лицу, признается для него необязательнымъ. Въ этомъ случаѣ имѣютъ соотвѣтственное примѣненіе правила статьи 136». По послѣдней статьѣ третье лицо можетъ просить судъ о признаніи отказа недѣйствительнымъ, насколько онъ клонится къ его вреду. Изъ приведеннаго постановленія слѣдуетъ, что самъ по себѣ отказъ отъ требованія вполнѣ дѣйствителенъ, онъ остается дѣйствительнымъ между сторонами даже по заявленію спора со стороны третьяго лица, но только въ отношеніи послѣдняго онъ необязателенъ, третье лицо можетъ съ нимъ не считаться и добиваться удовлетворенія изъ этого требованія.

Съ случаемъ относительной недѣйствительности, хотя законодатель и не употребляетъ этого выраженія, мы встрѣчаемся въ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства. По нашему законодательству обезпеченіе иска можетъ выразиться наложеніемъ ареста на движимое имущество (ст. 602 Устава Гражд. Суд. [2]). Арестъ

---

[1]) Обязательственное право, книга V Гражд. Уложенія; проектъ, внесенный 14 октября 1913 г. въ Государственную Думу.

[2]) Мы не касаемся наложенія, въ обезпеченіе иска, запрещенія на недвижимость, такъ какъ по нашему праву оно, въ противность аресту движимости, не влечетъ за собой недѣйствительности распоряженій должника относительно недвижимости. Слѣдуетъ различать два случая. Судъ постановилъ наложить на данную недвижимость запретительную статью, но фактически старшій нотаріусъ еще не наложилъ запрещенія, въ свою очередь и кредиторъ не воспользовался ст.ст. 619—620 Уст. Гражд. Суд. и не представилъ для воспрепятствованія продажи должникамъ недвижимости копіи наложеннаго судомъ запрещенія. Въ этомъ случаѣ за отсутствіемъ у насъ статей аналогичныхъ §§ 135, 136 герм. Гр. Улож., см. выше, продажа является вполнѣ дѣйствительной. (Рѣш. Гражд. Касс. Деп. Сената 1878 г. № 91, 1877 г. № 193, 1871 г. № 93). Второй случай — запрещеніе фактически наложено старшимъ нотаріусомъ. На первый взглядъ можно предположить, что въ этомъ случаѣ продажа недѣйствительна, такъ какъ по 1406 ст. т. X,

Digitized by Google

ведетъ за собой запретъ отчужденія имущества, подвергшагося аресту. Распоряженіе же должника имуществомъ вопреки запрету влечетъ за собой признаніе сдѣлки ничтожной[1]). Но другія послѣдствія мы имѣемъ при наложеніи ареста на требованія должника къ третьимъ лицамъ. Въ этомъ случаѣ запретъ распоряженія имуществомъ направляется не только противъ должника, но и непосредственно противъ самого третьяго лица; послѣднее обязуется не выдавать отвѣтчику принадлежащаго ему имущества (стт. 631, 632 Уст. Гражд. Суд.). Спрашивается, каковы послѣдствія нарушенія этого запрета? Ничтожность сдѣлки между отвѣтчикомъ и третьимъ лицомъ, будетъ ли она заключаться въ полученіи отвѣтчикомъ лично платежа или отказа отъ требованія? Нѣтъ, въ данномъ случаѣ законодатель выбралъ другой путь, онъ не касается дѣйствительности вообще сдѣлки между отвѣтчикомъ и третьимъ лицомъ, а устанавливаетъ въ случаѣ нарушенія запрета прямую отвѣтственность третьяго лица передъ кредиторомъ (стт. 634, 638—640 Уст. Гражд. Суд.). Если должникъ имѣетъ требованіе въ 1000 рублей къ третьему лицу и въ обезпеченіе иска кредитора къ должнику въ 100 рублей на указанное требованіе наложено запрещеніе, то платежъ, несмотря на запрещеніе, третьимъ лицомъ должнику или сложеніе должникомъ этого долга съ третьяго лица вполнѣ дѣйствительны, но только они не должны вредить интересамъ кредитора. Обязательство третьяго лица считается прекратившимся, но кредиторъ можетъ не считаться съ этимъ и взыскать съ третьяго лица 100 рублей. Передъ нами случай относительной недѣйствительности сдѣлки, обусловленной запретомъ распоряженія.

Какъ это вытекаетъ изъ изложенныхъ отдѣльныхъ постановленій законодательствъ и изъ общей нормы § 135 D. BGB, съ относительной недѣйствительностью мы встрѣчаемся въ тѣхъ случаяхъ, когда на сцену выступаетъ вопросъ о защитѣ интересовъ кредиторовъ отъ невыгодныхъ послѣдствій распоряженія должникомъ его имуществомъ, — интересовъ кредиторовъ, не обладающихъ вещнымъ обезпеченіемъ своихъ обязательственныхъ требованій. Таковы

ч. I продажа и купля, учиненная вопреки законныхъ запрещеній, недѣйствительна. Но значеніе ст. 1406 аннулируется 1 пунктомъ ст. 1388, по которому запрещеніе, наложенное въ обезпеченіе иска, не препятствуетъ отчужденію, необходимо лишь внесеніе всей суммы иска или представленіе другого обезпеченія. Спрашивается, каковы однако послѣдствія, если эти условія не будутъ соблюдены? По ст. 1457 т. X, ч. I изъ покупной суммы удерживается сумма, потребная для удовлетворенія иска, но если почему-либо такая сумма не будетъ удержана, то единственное послѣдствіе — отвѣтственность должностныхъ лицъ (ст. 1458 т. X, ч. I), самая же продажа является вполнѣ дѣйствительной.

[1]) См. ст. 1399 Зак. Гражд. т. X, ч. I, стт. 629, 1017 Уст. Гражд. Суд. Рѣшенія Гражд. Касс. Деп. Сената 1898 г. № 15, 1893 г. № 31, 1879 г. № 56.

Digitized by Google

случаи конкурснаго и внѣконкурснаго оспариванія кредиторами дѣйствій должника, таковы послѣдствія наложенія ареста на имущество отвѣтчика въ интересахъ взыскателя, таково значеніе другихъ предписаній суда, имѣющихъ цѣлью обезпечить исполненіе притязанія истца (см. § 938 D. CPO.). Исходя изъ соображеній справедливости, законодатель предоставляетъ кредиторамъ въ извѣстныхъ случаяхъ право оспорить сдѣлки должника съ третьими лицами. Такое право кредитора, имѣющаго лишь обязательственное притязаніе къ должнику, не вытекаетъ изъ самой сущности этого притязанія; для его созданія необходимо особое постановленіе закона. Но и интересы третьяго лица, вступающаго въ сдѣлку съ должникомъ, и интересы вообще оборота нуждаются также въ охранѣ. Задача законодателя по возможности безболѣзненно разрѣшить это столкновеніе интересовъ. Въ связи съ этимъ новѣйшія законодательства признаютъ за сдѣлками должника съ третьими лицами дѣйствительность какъ между контрагентами, такъ и въ отношеніи всѣхъ прочихъ лицъ, но съ тѣмъ ограниченіемъ, что результаты такихъ сдѣлокъ не должны наносить ущерба интересамъ кредиторовъ.

Случаи относительной недѣйствительности имѣютъ мѣсто и при столкновеніи вещныхъ правъ различныхъ лицъ, хотя, какъ увидимъ ниже, относительная недѣйствительность сдѣлокъ, связанная съ вещными правами третьяго лица, должна быть конструирована иначе, чѣмъ относительная недѣйствительность, обусловленная обязательственными правами третьяго. По австрійскому праву прекращеніе ипотечнаго требованія, въ свою очередь заложеннаго (Afterpfandrecht), дѣйствительно въ отношеніи второго залога лишь по погашеніи послѣдняго (§ 51 O. BGB). Но если ипотечный вѣритель отказывается отъ своего требованія, то въ отношеніи собственника недвижимости право ипотечнаго вѣрителя погасло разъ навсегда, и личные кредиторы ипотечнаго вѣрителя, если они не имѣютъ особыхъ основаній для оспариванія дѣйствія послѣдняго, не могутъ уже обращать принудительное взысканіе на ипотечное требованіе, такъ какъ оно не состоитъ болѣе въ составѣ имущества должника. Такимъ образомъ, и въ данномъ случаѣ мы имѣемъ ту же картину: отказъ ипотечнаго вѣрителя имѣетъ полную силу, но права кредитора, которому эта ипотека была заложена, не должны пострадать; въ отношеніи ихъ такой отказъ значенія не имѣетъ[1]). Нашъ томъ X, ч. I, не знаетъ общихъ постановленій

[1]) О случаѣ относительной недѣйствительности, вызванной столкновеніемъ различныхъ вещныхъ правъ двухъ лицъ на одинъ объектъ, упоминаетъ и римское право—Ulpianus, fr. I, 19: Servus, in quo alterius est usus-

Digitized by Google

о закладѣ правъ, но проектъ гражданскаго уложенія уже допускаетъ его (ст. 1155) [1]), при чемъ закладъ залогового требованія совершается внесеніемъ записи о закладѣ въ вотчинныя книги (стт. 1159, 1160). Но проектъ совершенно не содержитъ постановленія о вліяніи на закладъ погашенія заложенной ипотеки, подобно вышеприведенной нормѣ австрійскаго права [2]). Между тѣмъ представимъ себѣ слѣдующій случай: *A* имѣетъ ипотеку на недвижимость, принадлежащую *B*, и эта ипотека находится въ свою очередь въ закладѣ у *C*; *B* умираетъ, и *A* получаетъ по наслѣдству его имущество. По ст. 1104 проекта залоговое право прекращается совпаденіемъ въ одномъ лицѣ права собственности на заложенную вещь и права на закладное право; ипотечное требованіе *A* погасло, но можно ли допустить, что это прекращеніе права дѣйствуетъ и по отношенію къ *C*, уничтожая его закладное право. Несмотря на отсутствіе соотвѣтствующей нормы въ проектѣ, такой выводъ былъ бы непріемлемъ, онъ противорѣчилъ бы вещному характеру закладного права *C*, и аннулировалъ бы все значеніе заклада правъ, такъ какъ разобранному случаю конфузіи долженъ быть приравненъ и случай отказа отъ права (п. 2 ст. 1104). Ипотечное право *A* прекращается, но это прекращеніе не должно вредить интересамъ *C*. Въ отношеніи отказа отъ требованія нашъ выводъ подтверждается цитированной выше ст. 179 проекта обязательственнаго права [3]).

Оставляя пока въ сторонѣ конструкцію относительной недѣйствительности съ положительной стороны, въ противоположность сдѣлкамъ ничтожнымъ и недѣйствительнымъ сдѣлки относительно недѣйствительныя съ отрицательной стороны могутъ быть охарактеризованы слѣдующимъ образомъ: къ категоріи относительно недѣйствительныхъ относятся сдѣлки, полное дѣйствіе которыхъ наступаетъ тотчасъ по ихъ заключеніи, но съ ограниченіемъ, что результатъ, ими достигаемый, не долженъ нарушать интересы опре-

---

fructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est. См. по поводу этого мѣста Strohal, ibid., стран. 19.

[1]) Проектъ Гражданскаго Уложенія, изд. подъ ред. Тютрюмова, 1910 г.

[2]) Въ противоположность австрійскому праву § 876 D. BGB, постановляетъ: «Если право на поземельный участокъ обременено какимъ-либо правомъ третьяго лица, то для отмѣны обремененнаго права необходимо согласіе этого третьяго лица». § 1071: «Состоящее въ пользовладѣніи право можетъ быть отмѣнено по сдѣлкѣ только съ согласія пользовладѣльца...»

[3]) Какъ на случай относительной недѣйствительности, обычно указываютъ также на постановленія §§ 880, 883 Abs. 2, 1124, Abs 2. D. BGB. Нашей задачей не является исчерпывающее перечисленіе случаевъ относительной недѣйствительности, но въ послѣдующемъ будутъ изложены дальнѣйшіе случаи таковой.

Digitized by Google

дѣленнаго третьяго лица [1]). Въ отличіе отъ сдѣлокъ ничтожныхъ и недѣйствительныхъ при относительно недѣйствительныхъ сдѣлкахъ мы не имѣемъ Schwebezustand сдѣлки, послѣдняя обладаетъ полной дѣйствительностью съ самаго начала; не становятся эти сдѣлки недѣйствительными и въ результатѣ оспариванія ихъ со стороны опредѣленнаго лица, ибо, какъ увидимъ ниже, оспариваніе направляется не противъ сдѣлки какъ таковой, а лишь противъ ея результата. Характернымъ является также то обстоятельство, что относительная недѣйствительность сдѣлки всегда связана съ оспариваніемъ, исходящимъ отъ третьяго лица, а не контрагента сдѣлки, что обычно имѣетъ мѣсто при сдѣлкахъ ничтожныхъ и недѣйствительныхъ [2]). Оспариваніе сдѣлки со стороны одного изъ ея контрагентовъ, разрушая самую основу сдѣлки, всегда должно вести къ полной недѣйствительности послѣдней. Существуетъ мнѣніе, что и въ отношеніи относительно недѣйствительныхъ сдѣлокъ мыслимы случаи, когда относительная недѣйствительность будетъ принята во вниманіе не въ силу спора того лица, въ пользу котораго устанавливается относительная недѣйствительность, а судомъ ex officio [3]). Но съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться. Разъ, такъ называемая относительная недѣйствительность не затрогиваетъ дѣйствительности сдѣлки, какъ таковой, даже по заявленіи спора со стороны заинтересованнаго лица, а обосновываетъ лишь для послѣдняго особое притязаніе объ устраненіи результатовъ сдѣлки къ контрагенту должника, то ссылаться на относительную недѣйствительность не можетъ никто кромѣ лица, въ интересахъ котораго она установлена, и она не можетъ быть принята во вниманіе судомъ ex officio.

Въ связи съ изложеннымъ сдѣлки недѣйствительныя въ широкомъ смыслѣ этого слова можно представить слѣдующей схемой [4])[5]):

---

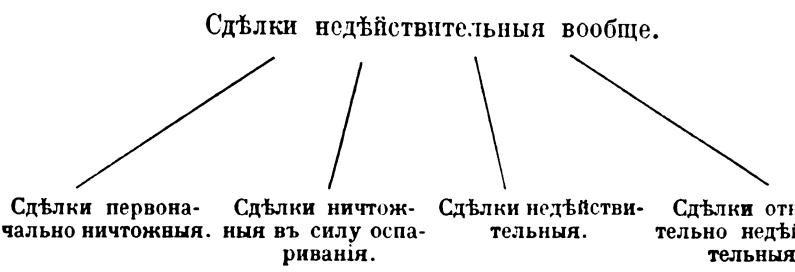
[1]) Штрохаль нѣсколько иначе опредѣляетъ относительную недѣйствительность (ibid., стран. 18), слѣдуя словесному смыслу выраженія «относительная недѣйствительность» и предлагаемой имъ конструкціи этого понятія (см. ниже), онъ говоритъ не о полной дѣйствительности сдѣлки, а о наступленіи лишь wesentlichen Geschäftswirkungen и объ ограниченіи дѣйствія самой сдѣлки, а не ея результатовъ.

[2]) L. Raape, Das gesetzliche Veräusserungsverbot des bürgerlichen Gesetzbuches, 1908, S. 97.

[3]) Strohal, ibid., стран. 57—58. Обратно Riezler, bei Standinger, I Band, Anm. zu § 135 n. 3.; Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, стран. 26, пр. 21.

[4]) Въ предыдущемъ мы не коснулись недѣйствительности брака, представляющаго цѣлый рядъ особенностей, благодаря чему отдѣльные случаи недѣйствительности брака не могутъ быть подведены подъ выше изображенную схему (matrimonium non existens, matrimonium nullum). См. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, I, Band § 53; Zitelmann, Zum Recht der Eheanfechtung, 1907. Практическій и теоретическій комментарій,

Digitized by Google



II.

Выше мы охарактеризовали относительную недѣйствительность съ отрицательной стороны въ ея противоположности ничтожности и недѣйствительности сдѣлокъ. Въ чемъ же сущность этого понятія съ положительной стороны? Дѣйствіе должника, совершенное вопреки запрету распоряженія имуществомъ, установленному въ интересахъ опредѣленнаго лица, недѣйствительно въ отношеніи послѣдняго. Возьмемъ случай, изъ котораго обычно исходятъ при опредѣленіи понятія относительной недѣйствительности. *A* имѣетъ къ *B* требованіе о передачѣ ему вещи въ собственность; и въ пользу него установленъ запретъ распоряженія этой вещью со стороны *B*; между тѣмъ *B* отчуждаетъ эту вещь третьему лицу *C*. Такое отчужденіе будетъ недѣйствительно въ отношеніи *A* и онъ можетъ потребовать передачи вещи себѣ, и *C* обязанъ ее ему выдать, но такое право имѣетъ только *A*, въ отношеніи же всѣхъ прочихъ лицъ отчужденіе объекта *C* вполнѣ дѣйствительно. При послѣдующемъ лицо, въ пользу котораго установленъ запретъ распоряженія, — *A*, будемъ называть кредиторомъ, *B* — лицо, на которое наложено запрещеніе распоряженія, — должникомъ и *C*, контрагента *A*, будемъ называть третьимъ лицомъ.

Законы Гражданскіе подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича, 1913 г. стран. 88 и примѣчанія къ 37 статьѣ т. X, ч. I.

[5]) Въ послѣднее время попытку дать схему недѣйствительныхъ сдѣлокъ сдѣлалъ В. Г. Федоровъ, Право опроверженія дѣйствій, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторовъ, 1913. Онъ различаетъ (стран. 37): 1 — сдѣлки дѣйствительныя, 2 — сдѣлки относительно дѣйствительныя (praesumtio дѣйствительности въ пользу должника или третьяго лица), 3 — относительно недѣйствительныя (praesumtio въ пользу кредиторовъ), 4 — недѣйствительныя (ничтожныя) сдѣлки. Въ основѣ этого дѣленія положена противоположность между ничтожностью (4 группа сдѣлокъ) и оспоримостью (2 и 3 группы), между тѣмъ выше была уже показана вся неправильность такого противоположенія. Далѣе Федоровъ сознательно отказывается отъ различія сдѣлокъ ничтожныхъ отъ недѣйствительныхъ (стран. 42), что также не можетъ быть принято, и, наконецъ, онъ совершенно упускаетъ изъ виду цѣлую группу относительно недѣйствительныхъ сдѣлокъ (онъ упоминаетъ объ относительно недѣйствительныхъ сдѣлкахъ (группа 3), но по его номенклатурѣ это вообще недѣйствительныя сдѣлки, и наименованіе «относительныя» выражаетъ лишь «оспоримость)».

Digitized by Google

По распространенному до послѣдняго времени взгляду право кредитора потребовать отъ третьяго лица передачи вещи въ собственность обусловливается тѣмъ, что въ силу сдѣлки съ должникомъ третье лицо стало собственникомъ въ отношеніи должника и прочихъ лицъ, но въ отношеніи кредитора собственникомъ остался должникъ[1]). Дѣйствительность сдѣлки ограничена въ извѣстномъ направленіи, по отношенію кредитора она недѣйствительна, по отношенію ко всѣмъ другимъ лицамъ вполнѣ дѣйствительна[2]). Самый искъ, принадлежащій кредитору, сторонники этого взгляда опредѣляютъ нѣсколько различно. Планкъ[3]) полагаетъ, что такъ какъ по отношенію къ кредитору собственникомъ, несмотря на отчужденіе, остался должникъ, то именно къ послѣднему и имѣетъ кредиторъ право иска на переуступку виндикаціоннаго требованія къ третьему лицу (имѣющагося у должника лишь въ интересахъ кредитора). А затѣмъ, уже какъ собственникъ, кредиторъ виндицируетъ вещь у третьяго лица. Иначе Дернбургъ[4]), который, отвергая необходимость предварительнаго иска къ должнику, предоставляетъ кредитору непосредственный искъ къ третьему лицу, которымъ кредиторъ можетъ требовать отъ послѣдняго дѣйствій, необходимыхъ для осуществленія основного его требованія къ должнику, защищеннаго запретомъ распоряженія.

Указанная теорія одновременной дѣйствительности и недѣйствительности, одновременной наличности двухъ собственниковъ вызвала вполнѣ основательныя возраженія[5]). Одновременная полная дѣйствительность и недѣйствительность, *a* и *non a* — логически немыслимы. Но кромѣ того эта теорія и внутренне противорѣчива: съ одной стороны, право требованія кредитора къ третьему лицу выводится изъ права должника, оставшагося собственникомъ вещи по отношенію къ кредитору, съ другой, — въ отношеніи всѣхъ лицъ,

---

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1906, I Band, S. 415; Biermann, Bürgerliches Recht, S. 173, 179; Cosack, Lehrbuch, I Band, S. 249; Crome, System, I Band, S. 350; Endemann, Lehrbuch, I Band, S. 370; Planck, Kommentar, 1³ S. 244.

[2]) Dernburg, ibid., S. 389; Wendt, Pandekten, S. 160; Hölder, Kommentar zum allgem. Teil des BGB, 1900 § 135; Herold, Sächs. Archiv für Rechtspflege. I Jahrgang, S. 495.

[3]) Planck, ibid., § 135, Ziff. 2; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I Band, S. 333.

[4]) Dernburg, ibid., S. 416.

[5]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I Band, § 82, Anm. 8. Mitteis, Jheringsjahrbücher, 28 Band, S. 129; Lang, Archiv für zivil. Praxis, 83, S. 143; Schöninger, Archiv für zivil. Praxis, 96, S. 188; Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräusserungsverbot, im Festgabe für Güterbock, 1910, S. 407; Raape, Das gesetzliche Veräusserungsverbot, 1908, S. 47; Strohal, ibid., S. 49—50; Voss, Ueber das Verhältnis zwischen relativen Veräusserungsverbot und Vormerkung nach dem BGB. Jherings Jahrbücher N. F. 24, S. 305, 1911; Reichmayr, ibid., 2.

Digitized by Google

кромѣ кредитора, а слѣдовательно и въ отношеніи должника, сдѣлка дѣйствительна, и третье лицо является собственникомъ; слѣдовательно, должникъ передаетъ кредитору то право, котораго у него нѣтъ [1]). Нельзя обосновать наличность двухъ одновременныхъ собственниковъ и ученіемъ о фидуціарной собственности. Фидуціаръ является собственникомъ въ отношеніи всѣхъ третьихъ лицъ, а слѣдовательно, при относительной недѣйствительности онъ являлся бы собственникомъ именно въ отношеніи кредитора; вопросъ о фидуціарномъ характерѣ собственности выступаетъ лишь въ отношеніи между фидуціантомъ и фидуціаромъ, т.-е. въ данномъ случаѣ между должникомъ и третьимъ лицомъ, при чемъ отношенія между фидуціантомъ и фидуціаромъ — обязательственнаго характера [2]).

Цѣлый рядъ другихъ изслѣдователей, возражая противъ конструкціи одновременной дѣйствительности и недѣйствительности сдѣлокъ, берутъ все-таки отправной точкой своихъ теорій противорѣчивое по существу выраженіе: относительная недѣйствительность. При чемъ одни [3]) полагаютъ, что въ случаяхъ такъ называемой относительной недѣйствительности сдѣлка является ничтожной, но такъ какъ эта ничтожность обусловлена защитой интересовъ опредѣленныхъ лицъ, то съ отпаденіемъ этихъ интересовъ ничтожность болѣе не имѣетъ мѣста. Другіе [4]) полагаютъ обратно, что сдѣлка съ самаго начала дѣйствительна, но становится ничтожной при оспариваніи ея заинтересованной стороной. Сторонники послѣдняго взгляда не видятъ различія между оспариваніемъ сдѣлки контрагентомъ и оспариваніемъ со стороны кредитора и сливаютъ понятіе относительной недѣйствительности съ ничтожностью [5]). Но изслѣдователи, признающіе или сдѣлку первоначально ничтожной и лишь могущей конвалесцировать или утверждающіе, что сдѣлка первоначально дѣйствительна и лишь въ силу оспариванія

---

[1]) Knoke, ibid., S. 426.

[2]) F. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 157—158.

[3]) Mitteis, Römisches Privatrecht, bis auf die Zeit Diokletians, 1908, S. 242; Fitting, Reichskonkursrecht, S. 292.

[4]) Oertmann, Zeitschrift für deutsch. Zivilprozes, 33, S. 28.

[5]) Windscheid, Pandekten, I Band, § 82, Anm. 8; Regelsberger, Pandekten, S. 635; Reichel, Jherings Jahrbücher, 46 Band, S. 111; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, I, S. 224, Anm. 9; Hellmann, ibid., S. 353; Mitteis, Jherings Jahrbücher, 28 Band, S. 128. Впослѣдствіи Миттейсъ высказался противъ отождествленія относительной недѣйствительности съ оспоримостью (Römisches Privatrecht, S. 242, прим. 22). Но и новѣйшее опредѣленіе относительной недѣйствительности, даваемое Миттейсомъ, какъ могущей конвалесцировать ничтожности, не даетъ основанія для различія отъ оспоримости, такъ какъ, какъ было указано выше, сдѣлки ничтожныя въ силу оспариванія, при отсутствіи послѣдняго также конвалесцируютъ, пріобрѣтаютъ полную дѣйствительность.

Digitized by Google

становится ничтожной, по существу недалеко ушли отъ противорѣчія первоначальной теоріи, разсматривающей относительно недѣйствительную сдѣлку одновременно какъ дѣйствительную въ отношеніи всѣхъ лицъ и недѣйствительную въ отношеніи кредиторовъ. Законодатель, связывая съ оспариваніемъ сдѣлки не абсолютную, а лишь относительную ея недѣйствительность, заставляетъ страдать интересы контрагента должника лишь постольку, поскольку этого требуютъ интересы кредитора. Въ томъ случаѣ, изъ котораго мы исходили, интересъ кредитора заключался въ предоставленіи ему вещи въ собственность; оспариваніе кредиторомъ сдѣлки должника съ третьимъ лицомъ приводитъ къ лишенію послѣдняго собственности и пріобрѣтенію ея кредиторомъ. Но если почему-либо право кредитора отпадаетъ, то право собственности остается за третьимъ лицомъ, а не возвращается къ должнику, что должно было бы имѣть мѣсто, еслибъ сдѣлка становилась ничтожной. Но возьмемъ другой случай относительной недѣйствительности, когда интересы третьяго лица и кредитора будутъ неодинаковы. Въ обезпеченіе денежнаго требованія кредитора на имущество должника наложенъ запретъ распоряженія, при чемъ имущество должника заключается въ требованіи къ третьему лицу. Должникъ отказывается отъ этого требованія въ пользу третьяго лица. Кредиторъ въ размѣрѣ своего притязанія можетъ не считаться съ прекращеніемъ обязательства третьяго лица, но сверхъ этого обязательство должника не существуетъ, такъ какъ отказъ кредитора отъ требованія самъ по себѣ вполнѣ дѣйствителенъ. Еслибы передъ нами, сообразно вышеизложеннымъ теоріямъ, была бы сдѣлка первоначально ничтожная и лишь могущая конвалесцировать, или первоначально дѣйствительная, но въ силу спора становящаяся ничтожной, то мы имѣли бы другія послѣдствія: въ силу заявленія спора кредиторомъ, отказъ должника отъ требованія былъ бы признанъ абсолютно недѣйствительнымъ, наступила бы реституція и должникъ вновь бы сталъ кредиторомъ третьяго лица. Конечно, законодатель можетъ связать и такія послѣдствія съ запретомъ распоряженія, что, напримѣръ, имѣетъ мѣсто при оспариваніи сдѣлокъ по русскому праву на основаніи 2-го пункта 1529 ст. т. X, ч. I; но, связывая съ запретомъ распоряженія лишь относительную недѣйствительность, законодатель преслѣдуетъ другія цѣли, исключающія реституцію[1]). Съ сохраненіемъ дѣйствительности сдѣлки должны считаться представители указанныхъ теорій и здѣсь имъ приходится признать, что въ результатѣ спора сдѣлка

[1]) Voss, ibid., S. 306.

Digitized by Google

хотя и становится ничтожной, но ничтожность эта особенная, имѣющая мѣсто лишь въ отношеніи опредѣленныхъ лицъ. Но тѣмъ самымъ мы снова возвращаемся къ теоріи одновременной дѣйствительности и недѣйствительности сдѣлки, ими самими отвергнутой[1]).

За послѣднее время были сдѣланы Штрохалемъ [2]) и Фоссомъ[3]) новыя попытки устранить противорѣчіе разобранныхъ выше теорій. По мнѣнію Штрохаля, относительно недѣйствительная сдѣлка должна разсматриваться какъ сдѣлка, заключенная подъ резолютивнымъ условіемъ[4]). Въ силу отчужденія объекта должникомъ третье лицо пріобрѣтаетъ право собственности, но подъ резолютивнымъ условіемъ, наступающимъ въ моментъ заявленія спора кредиторомъ. Заявленъ споръ — наступило условіе, право собственности третьяго лица прекращается, и она вновь переносится на должника, который и можетъ передать его, сообразно обязательству, кредитору. Однако собственность переносится на должника лишь въ интересахъ кредитора, въ цѣляхъ осуществленія притязанія послѣдняго. Право кредитора на искъ о передачѣ собственности третьему лицу Штрохаль, слѣдуя Планку, обосновываетъ цессіей виндикаціи отъ должника кредитору[5]). Выше было отмѣчено, что въ противоположность ничтожнымъ сдѣлкамъ (въ силу оспариванія) и недѣйствительнымъ при сдѣлкахъ относительно недѣйствительныхъ нѣтъ Schwebezustand, сдѣлки эти съ самаго начала вполнѣ дѣйствительны; установленіе этого отличія является заслугой изслѣдованія самого Штрохаля, но предлагаемая имъ конструкція относительно недѣйствительныхъ сдѣлокъ опять приводитъ насъ къ понятію Schwebezustand[6]). Съ одной стороны, онъ противополагаетъ относительно недѣйствительнымъ сдѣлкамъ сдѣлки недѣйствительныя вообще, къ которымъ онъ относитъ резолютивную сдѣлку по наступленіи условія, съ другой, —

---

[1]) Такъ, напримѣръ, Гельманъ (Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907) говоритъ о конкурсномъ оспариваніи, связанномъ по германскому праву съ относительной недѣйствительностью сдѣлокъ должника, что такое оспариваніе, какъ вообще всякое оспариваніе сдѣлокъ, приводитъ къ тому результату, что сдѣлка должна считаться ничтожной съ самаго начала (стран. 353, 373), при чемъ оспариваніе влечетъ за собой реституцію и имѣетъ вещный характеръ (стран. 365, 370). Но, съ другой стороны, слѣдуя тексту закона, онъ вынужденъ признать, что такое дѣйствіе оспариваніе имѣетъ лишь въ отношеніи конкурсныхъ кредиторовъ, по отношенію же къ прочимъ лицамъ сдѣлка сохраняетъ свое полное значеніе (стран. 353). Отсюда выводъ, который Гельманъ и дѣлаетъ (стран. 355), что третье лицо является собственникомъ по отношенію всѣхъ, кромѣ конкурсныхъ кредиторовъ.

[2]) Strohal, Ueber relative Unwirksamkeit, 1911.

[3]) Voss, Ueber das Verhältnis zwischen relativen Veräusserungsverbot und Vormerkung nach dem BGB. Jherings Jahrbücher Zw. F. 24 Band, 1911.

[4]) Strohal, ibid., S. 52.

[5]) Strohal, ibid., S. 54.

[6]) Reichmayr, ibid., S. 31; Voss, ibid., S. 320.

Digitized by Google

относительно недѣйствительную сдѣлку разсматриваетъ какъ заключенную подъ резолютивнымъ условіемъ — противорѣчіе очевидно[1]). Но и независимо отъ этого теорія Штрохаля является непріемлемой. По наступленіи резолютивнаго условія сдѣлка становится недѣйствительной вообще, абсолютно, между тѣмъ законодатель, какъ уже было указано, не преслѣдуетъ этой цѣли, онъ обезсиливаетъ результатъ сдѣлки, лишь поскольку этого требуетъ интересъ кредитора; во всемъ прочемъ дѣйствіе сдѣлки остается незатронутымъ, несмотря на искъ кредитора. Въ сущности и конструкція, предлагаемая Штрохалемъ, сводится къ признанію одновременной дѣйствительности и недѣйствительности сдѣлки, поскольку Штрохаль долженъ былъ ограничить вліяніе наступленія резолютивнаго условія лишь цѣлью удовлетворенія притязанія кредитора.

Обязательственное право кредитора къ должнику, благодаря запрету распоряженія, даетъ возможность привлечь къ отвѣтственности третье лицо, но оно попрежнему сохраняетъ свой обязательственный характеръ. Положеніе это принято почти единогласно въ теоріи[2]), въ германскомъ же правѣ нашло себѣ выраженіе и въ законодательствѣ. По § 13 германскаго конкурснаго устава запретъ отчуждать имущество, о которомъ говорятъ §§ 135 и 136 BGB, недѣйствителенъ по отношенію къ конкурсу, учрежденному надъ должникомъ. Если бы право кредитора принимало вещный характеръ, то запретъ отчужденія сохранялъ бы свое значеніе и при конкурсѣ должника, что мы и видимъ при арестѣ недвижимости при обращеніи на послѣднюю принудительнаго исполненія, такъ какъ арестъ этотъ создаетъ для взыскателя вещное притязаніе — ипотеку (см. тотъ же § 13 D. K. O., конецъ). Сохраненіе обязательственнаго характера за правомъ кредитора признаетъ и самъ Штрохаль[3]), но даваемая имъ конструкція относительной недѣйствительности, объясняющая искъ кредитора къ третьему цессіей виндикаціи отъ должника кредитору, придаетъ уже праву послѣдняго вещный характеръ, что не соотвѣтствуетъ природѣ отношеній между указанными лицами[4]).

Другимъ путемъ идетъ Фоссъ. Онъ считаетъ, что сдѣлка третьяго лица съ должникомъ дѣйствительна и третье лицо становится собственникомъ[5]). Но въ силу запрета отчужденія должникъ уже

[1]) Сравни стран. 3—4 и стран. 52 (Strohal, ibid.).
[2]) Raape, ibid., S. 75; Knoke, ibid., S. 413; Rinteln, ibid., S. 252.
[3]) Strohal, ibid., S. 41—42.
[4]) Voss, ibid., S. 318—319.
[5]) Voss, ibid., S. 41—42.

Digitized by Google

не можетъ распоряжаться полнымъ правомъ собственности, онъ передаетъ третьему лицу лишь меньшее право (Verkehrseigentum), у него же въ интересахъ кредитора остается большее право (Schutzeigentum), право собственности расщепляется [1]), самый запретъ направленъ только противъ должника и вліяетъ непосредственно, исключая самую возможность нарушенія интересовъ кредитора путемъ передачи полнаго права собственности [2]). Кредиторъ, въ силу своего основного притязанія къ должнику, получаетъ отъ послѣдняго оставшееся у него право собственности, и такъ какъ это право сильнѣй полученнаго третьимъ лицомъ, то онъ и можетъ требовать переуступку отчужденнаго объекта, и третье лицо не въ правѣ противопоставить его иску exceptio rei venditae et traditae [3]).

Едва ли однако можно согласиться съ предлагаемымъ Фоссомъ для объясненія относительной недѣйствительности расщепленіемъ права собственности. Фоссъ отмѣчаетъ, что современному законодательству вообще извѣстно такое разслоеніе права собственности, и ссылается между прочимъ на § 161 D. BGB. и на институтъ предварительной отмѣтки (Vormerkung) [4]). По § 61: «Если кто-либо распорядился извѣстнымъ предметомъ подъ отлагательнымъ условіемъ, то всякое дальнѣйшее его распоряженіе, сдѣланное о томъ же предметѣ во время состоянія условности, недѣйствительно при наступленіи условія...» Но здѣсь нѣтъ расщепленія собственности: одной, принадлежащей должнику, а другой кредитору по условному требованію, такъ какъ послѣдній до момента наступленія условія права собственности не имѣетъ, ему принадлежитъ лишь извѣстное ожиданіе (конечно, имѣющее правовое значеніе) этого права — Anwartschaft. Нѣтъ расщепленія права собственности и при Vormerkung. Лицо, въ обезпеченіе притязанія котораго въ ипотечныя книги внесена предварительная отмѣтка, получаетъ вещную защиту своихъ требованій (см. ниже), но не право собственности. Могутъ указать на фидуціарную собственность, но и при послѣдней фидуціантъ имѣетъ къ фидуціару лишь обязательственное требованіе. Но и независимо отъ этого, какъ уже было отмѣчено, если и допустить при фидуціи расщепленіе права собственности, то такое расщепленіе играетъ роль лишь между фидуціантомъ и фидуціаромъ и въ интересахъ перваго, т.-е. въ данномъ случаѣ между должникомъ и третьимъ лицомъ, но именно въ отношеніи должника, третье лицо является и остается собственникомъ, и то право,

---

[1]) Voss, ibid., S. 326.
[2]) Voss, ibid., S. 323.
[3]) Voss, ibid., S. 328.
[4]) Voss, ibid., S. 326.

Digitized by Google

которое по мнѣнію Фосса остается у должника, принадлежитъ ему не въ его интересахъ, а въ интересахъ кредитора.

Теорія Фосса абсолютно непримѣнима къ тѣмъ случаямъ относительной недѣйствительности сдѣлокъ, когда требованіе кредитора не направлено на установленіе вещнаго права и когда запрещеніе отчужденія касается не вещи, а требованія къ третьему лицу, (отказъ отъ требованія). И самъ Фоссъ признаетъ, что цѣлый рядъ распоряженій должника касается такихъ правъ, которыя не могутъ быть раздѣлены на Schuttzrecht и Verkehrsrecht[1]): но выходъ изъ этого обстоятельства онъ предлагаетъ непріемлемый; онъ считаетъ, что запретъ такихъ распоряженій долженъ вести не къ относительной, а абсолютной ихъ недѣйствительности. Такое утвержденіе противорѣчитъ прямому смыслу § 135 D. BGB. Указанный параграфъ безъ ограниченій говоритъ о распоряженіи вообще какимъ-либо предметомъ (Gegenstand), а не только вещами, а понятіе предмета обнимаетъ собой и право требованія[2]).

Противъ конструкціи Фосса должно быть выставлено также и слѣдующее возраженіе. По мнѣнію Фосса по сдѣлкѣ съ должникомъ третье лицо пріобрѣтаетъ лишь меньшее право (Minderrecht), большее остается у должника и отъ послѣдняго переходитъ къ кредитору. Третье лицо не играетъ никакой роли въ осуществленіи основного притязанія кредитора къ должнику, оно лишь должно подчиняться послѣдствіямъ пріобрѣтенія кредиторомъ права, отъ должника, — права, исключающаго права его третьяго. Въ этомъ отношеніи конструкція Фосса совпадаетъ съ конструкціей Штрохаля; послѣдній полагаетъ, что съ наступленіемъ условія право третьяго прекращается, собственникомъ вновь становится должникъ, который въ исполненіе притязанія кредитора и передаетъ послѣднему право собственности путемъ цессіи виндикаціоннаго иска. Выше мы постараемся доказать вообще несостоятельность выведенія правъ кредитора изъ правъ должника; сейчасъ же отмѣтимъ, что устраненіе Фоссомъ и Штрохалемъ третьяго лица отъ осуществленія основного притязанія кредитора не соотвѣтствуетъ цѣлому ряду случаевъ, устанавливаемой закономъ относительной недѣйствительности. Такъ, напримѣръ, въ выше разобранномъ случаѣ наложенія ареста на требованіе должника къ третьему лицу по русскому праву основное притязаніе кредитора по прямому тексту закона направляется непосредственно къ третьему лицу[3])[4]).

---

[1]) Voss, ibid., S. 327.
[2]) Sohm, Der Gegenstand, 1905, стран. 8, 21.
[3]) Стт. 634, 638—640 Уст. Гражд. Суд.
[4]) Reichmayr, ibid., S. 32—33.

Digitized by Google

Неудовлетворительность всѣхъ выше разобранныхъ теорій объясняется неправильностью ихъ отправной точки. Всѣ они исходятъ изъ словеснаго смысла выраженія «относительная недѣйствительность» и пытаются конструировать это понятіе при помощи отрицанія полной дѣйствительности самой сдѣлки или признаніемъ одновременной дѣйствительности и недѣйствительности или связывая наступленіе недѣйствительности сдѣлки съ ея оспариваніемъ, или, наконецъ, ограничивая эту дѣйствительность въ томъ или другомъ отношеніи. Несмотря на цѣлый рядъ существенныхъ различій въ конструкціи, всѣ эти теоріи сводятся къ одному: сдѣлка дѣйствительная въ отношеніи всѣхъ другихъ лицъ, по тѣмъ или другимъ основаніямъ (въ зависимости отъ различія конструкціи) недѣйствительна въ отношеніи кредитора[1]). Но такая отправная точка зрѣнія неизбѣжно обрекаетъ эти теоріи на неуспѣхъ; ибо немыслимо себѣ представить сдѣлку, дѣйствующую въ отношеніи контрагентовъ и всѣхъ третьихъ лицъ за исключеніемъ лишь нѣкоторыхъ отдѣльныхъ лицъ. Относительно недѣйствительныя сдѣлки должны быть признаны дѣйствительными съ самаго начала и притомъ по отношенію ко всѣмъ лицамъ, а въ томъ числѣ и кредитору, интересы котораго защищены запретомъ распоряженія. Правда, законъ употребляетъ выраженіе «относительная недѣйствительность», но здѣсь повторяется обычное явленіе, новыя правоотношенія стараются такъ или иначе прицѣпить къ извѣстнымъ уже ранѣе понятіямъ, дать имъ сходную номенклатуру. Но поскольку намъ ясна та цѣль, которую ставитъ себѣ законодатель, вводя новый институтъ, въ конструкціи послѣдняго должно не связывать себя этой номенклатурой и не выводить изъ послѣдней апріорно характеръ разбираемаго института, а обратно изъ разбора его сущности вывести его теоретическое объясненіе. Цѣль законодателя защитить интересы кредитора, имѣющаго лишь обязательственное требованіе, но по возможности не нарушать и интересы контрагента должника. Отсюда сдѣлка, заключенная должникомъ съ третьимъ лицомъ, почитается сама по себѣ дѣйствительной какъ до возбужденія спора кредиторомъ, такъ и послѣ; а разъ такъ, то она должна быть признана дѣйствительной и по отношенію къ кредитору. Для удовлетворенія интересовъ кредитора не сама сдѣлка должна быть уничтожена, а лишь результаты ея, поскольку они наносятъ ущербъ кредитору, должны быть устра-

[1]) Теорія Фосса дальше другихъ отстоитъ отъ этой точки зрѣнія, но поскольку онъ полагаетъ, что третье лицо получаетъ по сдѣлкѣ съ должникомъ не полное право, и притомъ это право неполно, а потому и не можетъ защитить третье лицо, лишь въ отношеніи кредитора; его теорія сводится къ тому же, что и предыдущія.

Digitized by Google

нены. А это при сохраненіи дѣйствительности сдѣлки можетъ быть достигнуто лишь созданіемъ на ряду съ дѣйствіемъ сдѣлки, заключенной между должникомъ и третьимъ лицомъ, другого параллельнаго дѣйствія. Не то же ли мы имѣемъ въ случаѣ столкновенія различныхъ вещныхъ правъ на одинъ и тотъ же объектъ? Залоговой кредиторъ, отдавшій свое залоговое право въ закладъ, можетъ отказаться отъ своего права, и такой отказъ прекращаетъ его право разъ навсегда, но разъ возникшее закладное право сохраняетъ свою силу [1]). Также еще римскій юристъ рѣшалъ, что если рабъ одному лицу принадлежалъ въ собственность, а въ пользу другого лица было установлено пользованіе этимъ рабомъ, то собственникъ могъ отказаться отъ своей собственности, но вещныя права пользовладѣльца этимъ не повреждались, а потому рабъ хотя и былъ безъ собственника, но не вполнѣ свободенъ, а лишь in statu libertatis [2]). Но такого параллельнаго дѣйствія нѣтъ при обязательственныхъ правахъ, при отсутствіи вещной отвѣтственности обязательственное право не дастъ кредитору права обратить свое взысканіе на третье лицо. Это параллельное дѣйствіе и создаетъ законодатель въ исключительныхъ случаяхъ, когда права кредитора нуждаются въ особой защитѣ, путемъ установленія института такъ называемой относительной недѣйствительности сдѣлокъ. Объясненіе послѣдней не путемъ признанія сдѣлки должника недѣйствительной, а созданіемъ на ряду съ ней особаго параллельнаго дѣйствія, лежитъ въ основѣ новѣйшихъ теорій относительной недѣйствительности Рейхмайера, Раапе и Кноке [3]).

Въ своей конструкціи Рейхмайеръ исходитъ изъ ученія германистовъ о различеніи въ обязательствѣ двухъ элементовъ: простого долженствованія (Schuld) и отвѣтственности (Haftung). По его мнѣнію, благодаря установленію запрета распоряженія къ долженствованію, вытекающему изъ требованія кредитора къ должнику, присоединяется еще отвѣтственность [4]). Въ силу послѣдней возникаетъ связанность опредѣленнаго предмета или всего имущества должника (Verfangenschaft). Благодаря такой связанности имущества отвѣтственность, вытекающая изъ обязательства, пріобрѣтаетъ предметный характеръ, а потому и искъ кредитора можетъ быть обращенъ и противъ третьяго лица. Сущность относительной не-

---

[1]) См. вышеприведенный § 51 O. BGB.
[2]) Ulpianus, fr. 1, 19.
[3]) Reichmayr, Die Idee der Gläubigeranfechtung, 1913; Raape, Das gesetzliche Veräusserungsverbot des bürgerlichen Gesetzbuches, 1908; Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräusserungsverbot, Festgabe für K. Güterbock, 1910.
[4]) Reichmayr, ibid., S. 33.

Digitized by Google

дѣйствительности и заключается въ томъ, что третье лицо хотя и пріобрѣтаетъ по сдѣлкѣ съ должникомъ имущество въ собственность и сдѣлка является вполнѣ дѣйствительной, но въ силу предметной отвѣтственности, вытекающей изъ права кредитора, третье лицо отвѣчаетъ передъ кредиторомъ, а потому и сдѣлка можетъ быть ограничена въ своихъ результатахъ[1]).

Въ теоріи Рейхмайера неправильна ея отправная точка зрѣнія. Уже сами германисты отмѣчали въ старо-германскомъ правѣ соединеніе въ одномъ обязательствѣ обоихъ элементовъ долженствованія и имущественной отвѣтственности[2]). Если однако по старогерманскому праву для возникновенія имущественной отвѣтственности обычно требовалось заключеніе особаго договора объ отвѣтственности на подобіе поручительства[3]), то впослѣдствіи постепенно развилось положеніе, ставшее общимъ правиломъ для современнаго права, что кто заключаетъ обязательство, тотъ этимъ самымъ отвѣчаетъ и своимъ имуществомъ[4]). Такимъ образомъ нынѣ нормально обязательство влечетъ за собой имущественную отвѣтственность, между тѣмъ случаи относительной недѣйствительности есть случаи исключительные, обусловленные законнымъ или судебнымъ запретомъ распоряженія; уже по одному этому нельзя объяснять относительную недѣйствительность простымъ присоединеніемъ момента отвѣтственности къ долженствованію. Далѣе имущественная отвѣтственность, вытекающая изъ обязательства, носитъ личный характеръ, а не вещный, такъ какъ имущество, на которое оно направляется, опредѣляется личностью должника[5]), и сама по себѣ на третьихъ лицъ своего дѣйствія не распространяетъ. Наконецъ, отказъ въ добровольномъ исполненіи обязательства вызываетъ имущественную отвѣтственность, но осуществленіе ея производится органами государственной власти, обусловливая, съ одной стороны, отношенія истца къ суду, а съ другой, — суда къ отвѣтчику, и сама по себѣ никакого новаго субъективнаго права не даетъ кредитору[6]). Между тѣмъ Рейхмайеръ связываетъ съ

---

[1]) Reichmayr, ibid., S. 39.
[2]) Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910, S. 100.
[3]) Amira, Nordgermanisches Oligationenrecht, Band 2, S. 53.
[4]) Gierke, ibid., S. 100. Strohal, Schuldübernahme, Jherings Jahrbücher Zw. F. 21 Band, 1910, S. 281; Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jherings Jahrbücher, Zw. F. 23 Band 1911, S. 70.
[5]) Strohal, Schuldübernahme, S. 280, 302.
[6]) F. Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, стран. 10. Конечно, законодатель можетъ предоставить въ связи съ исполнительнымъ процессомъ и особыя права кредитору; такъ, по германскому праву (§ 804 C. P. O.) въ связи съ началомъ принудительнаго исполненія, кредитору предоставляется залоговое право. Но эти особыя субъективныя права не вытекаютъ непосредственно изъ отвѣтственности должника, а базируются

Digitized by Google

запретомъ распоряженія отвѣтственность предметную и вмѣстѣ съ тѣмъ создаетъ кредитору новое право, котораго послѣдній не имѣлъ въ силу своего лишь основного требованія къ должнику. А если таковы права кредитора въ силу относительной недѣйствительности, то объяснять ихъ присоединеніемъ къ долженствованію момента отвѣтственности представляется невозможнымъ. Но неправильно и опредѣленіе Рейхмайеромъ правъ кредитора въ отношеніи должника. Онъ идентифицируетъ вліяніе относительнаго запрета отчужденія съ послѣдствіями ареста, наложеннаго въ обезпеченіе иска или при осуществленіи принудительнаго исполненія [1]). Дѣйствительно, какъ тотъ, такъ и другой преслѣдуютъ однородныя цѣли: защиту интересовъ кредиторовъ, обладающихъ лишь обязательственнымъ притязаніемъ, но средства, которыми они оперируютъ, различны. Арестъ по германскому праву и принудительное исполненіе осуществляются путемъ судебнаго залога, послѣдній же предоставляетъ кредитору по прямому тексту закона залоговое право [2]), со всѣми послѣдствіями его вещной природы [3]). Но при установленіи относительнаго запрета германское законодательство (изъ котораго исходитъ Рейхмайеръ) не создаетъ кредитору вещнаго права и, какъ было уже отмѣчено выше, лишаетъ этотъ запретъ силы въ отношеніи конкурса надъ должникомъ, тогда какъ вполнѣ послѣдовательно сохраняетъ силу при конкурсѣ за арестомъ, наложеннымъ на имущество должника въ порядкѣ понудительнаго исполненія [4]).

Обращаясь къ разбору теоріи Раапе, должно отмѣтить, что въ основу его теоріи положено вполнѣ правильное утвержденіе, что третье лицо, становясь собственникомъ по сдѣлкѣ съ должникомъ, является собственникомъ въ отношеніи всѣхъ лицъ, а слѣдовательно и въ отношеніи кредитора; для послѣдняго сдѣлка должника тоже дѣйствительна, какъ и для прочихъ лицъ [5]). Но такъ какъ сдѣлка не должна нарушать интересовъ кредитора, то ея результатъ долженъ быть парализованъ другимъ параллельнымъ сдѣлкѣ

на особыхъ постановленіяхъ закона. Такія права могутъ носить самое разнообразное содержаніе, они могутъ создавать кредитору и чисто обязательственнаго характера требованія къ третьимъ лицамъ, напр. при обращеніи взысканія на требованія должника къ третьимъ лицамъ. Органической связи съ самой отвѣтственностью права эти не имѣютъ. Непримѣнимость своей теоріи къ случаямъ т. наз. Drittverbot принужденъ былъ признать и самъ Рейхмайеръ (стран. 14).

[1]) Reichmayr, ibid., S. 8 und folg.
[2]) § 804 C. P. O.
[3]) Stein, ibid., S. 29.
[4]) § 13. D. K. O.
[5]) Raape, ibid., S. 49.

Digitized by Google

дѣйствіемъ [1]). Какъ же представляетъ себѣ Раапе это обратное дѣйствіе и какъ его обосновываетъ? По конструкціи Раапе должникъ, отчуждая вещь третьему лицу, перестаетъ быть собственникомъ, но сохраняетъ за собой правомочіе распоряжаться отчужденной вещью, поскольку это необходимо ему для возможности удовлетворить кредитора. Правомочіе, остающееся у должника, носитъ вещный характеръ, а потому и то параллельное дѣйствіе, которое должно устранить наносящій ущербъ кредитору результатъ сдѣлки, не обязательственнаго, а вещнаго характера [2]). Въ связи съ этимъ Раапе, въ случаѣ открытія конкурса надъ третьимъ лицомъ, предоставляетъ кредитору въ этомъ конкурсѣ преимущественное удовлетвореніе [3]). Но, поскольку правъ Раапе въ признаніи за сдѣлкой абсолютной дѣйствительности и въ обоснованіи защиты кредитора не обезсиливаніемъ самой сдѣлки, а созданіемъ параллельнаго дѣйствія, постольку неудовлетворительно даваемое имъ обоснованіе этого дѣйствія. Совершенно непонятно создаваемое имъ правомочіе должника распоряжаться чужой собственностью [4]). Разъ сдѣлка должника дѣйствительна и третье лицо стало собственникомъ, то права должника на данный объектъ прекратились и никакихъ правомочій передать кредитору онъ не можетъ. Неясенъ и самый характеръ этого правомочія должника; Раапе приписываетъ ему вещный характеръ, нѣчто въ родѣ залогового права. Но вещныя права устанавливаются въ интересахъ ихъ носителей, а здѣсь должникъ сохраняетъ правомочіе распоряжаться вещью лишь въ интересахъ кредитора. Что касается въ частности залогового права, то въ силу его осуществленія можетъ создаться право собственности любого третьяго лица, пріобрѣтающаго вещь, а въ данномъ случаѣ правомочіе должника можетъ повести къ созданію права собственности лишь опредѣленнаго лица — кредитора [5]).

Болѣе обоснованной является конструкція, предлагаемая Кноке. И онъ такъ же беретъ за отправную точку своихъ разсужденій, что сдѣлка вполнѣ дѣйствительна и что относительную недѣйствительность можно объяснить, лишь исходя изъ совмѣстнаго вліянія

---

[1]) Raape, ibid., S. 50.
[2]) Raape, ibid., S. 51.
[3]) Raape, ibid., стран. 69. Раапе предоставляетъ кредитору не право обособленія объекта изъ конкурсной массы (Aussonderungsrecht), а лишь право преимущественнаго удовлетворенія (Absonderungsrecht), такъ какъ право обособленія принадлежитъ собственнику, а должникъ, въ силу дѣйствительности его сдѣлки съ третьимъ лицомъ, таковымъ болѣе не является.
[4]) Strohal, ibid., S. 48.
[5]) Knoke, ibid., 417—418.

Digitized by Google

двухъ различныхъ правовыхъ дѣйствій [1]). Кноке полагаетъ, что разъ должникъ отчудилъ собственность третьему лицу, онъ уже не можетъ передать ее кредитору; третье же лицо само по себѣ не является отвѣтственнымъ передъ послѣднимъ, между тѣмъ только оно и можетъ передать собственность кредитору [2]). Выходъ изъ этого положенія: поставить на мѣсто должника третье лицо, перенося на послѣднее все обязательство, — былъ бы слишкомъ суровъ для третьяго лица; основнымъ отвѣтственнымъ лицомъ долженъ остаться должникъ, обязательство третьяго лица должно быть лишь акцессорнымъ. Требованіе кредитора къ третьему лицу, какъ акцессорное отношеніе, должно слѣдовать судьбѣ основного притязанія къ должнику [3]). Вполнѣ основательно отвергаетъ Кноке и другой мыслимый выходъ, связанный съ предоставленіемъ кредитору вещнаго иска противъ третьяго лица, — а именно, предоставленіе кредитору добиваться restitutio in integrum съ возстановленіемъ права собственности должника [4]). Нецѣлесообразность и искусственность такой конструкціи очевидна. Собственность возвращается къ должнику лишь въ интересахъ кредитора; допустимъ, что притязаніе послѣдняго заключалось не въ установленіи права собственности, а какого-либо другого права (пользовладѣніе), тогда должнику, по исполненіи претензіи кредитора, пришлось бы вновь передавать право собственности третьему лицу, такъ какъ первоначальная сдѣлка сама по себѣ дѣйствительна и restitutio происходила лишь въ интересахъ кредитора. Самъ Кноке предлагаетъ слѣдующее рѣшеніе [5]): требованіе кредитора къ третьему лицу носитъ не вещный, а обязательственный характеръ и является акцессорнымъ къ основному притязанію. Содержаніе этого требованія — полученіе согласія третьяго лица на распоряженіе отчужденнымъ объектомъ со стороны должника. Послѣдній, такъ какъ сдѣлка вполнѣ дѣйствительна, удовлетворяя кредитора, распоряжается уже чужимъ имуществомъ, а потому для дѣйствительности такого распоряженія и необходимо согласіе третьяго. Въ нѣкоторыхъ однако случаяхъ обязательственное требованіе кредитора заключается не въ одобреніи третьимъ лицомъ дѣйствій должника, а въ непосредственномъ исполненіи самимъ третьимъ лицомъ притязанія. Такъ, напримѣръ, если должникъ былъ обязанъ передать объектъ въ собственность кредитору, и въ пользу послѣдняго

---

[1]) Knoke, ibid., S. 414, 415.
[2]) Knoke, ibid., S. 415.
[3]) Knoke, ibid., S. 416, 423.
[4]) Knoke, ibid., S. 416.
[5]) Knoke, ibid., S. 419, 423.

Digitized by Google

былъ установленъ запретъ распоряженія, а затѣмъ должникъ установилъ какое-либо вещное право на этотъ объектъ третьяго лица, то искъ кредитора къ третьему заключается просто въ требованіи отказа третьяго отъ предоставленнаго ему права[1]).

Теорія Кноке встрѣтила цѣлый рядъ возраженій, но преимущественно съ точки зрѣнія нецѣлесообразности результатовъ, къ которымъ она приводитъ. Указываютъ, что цѣль установленія относительнаго запрета распоряженія есть обезпеченіе удовлетворенія кредитора; если же право кредитора къ третьему лицу конструировать какъ обязательственное требованіе выраженія согласія на распоряженіе имуществомъ со стороны болѣе не управомоченнаго должника, то въ случаѣ открытія конкурса надъ третьимъ такое требованіе недѣйствительно въ отношеніи конкурса, а вмѣстѣ съ тѣмъ нарушается самая цѣль запрета[2]). Дѣйствительно, самъ Кноке считаетъ, въ случаѣ открытія конкурса надъ третьимъ, притязаніе кредитора совершенно отпадающимъ[3]). Такой выводъ является, конечно, неправильнымъ и нецѣлесообразнымъ, но объясняется онъ не обязательственнымъ характеромъ притязанія кредитора къ третьему лицу, а тѣмъ содержаніемъ, которое придаетъ Кноке этому обязательству. По его мнѣнію, въ нормальномъ случаѣ притязаніе кредитора къ третьему лицу заключается въ требованіи отъ послѣдняго одобренія дѣйствій должника по удовлетворенію кредитора. Если допустить возможность такого притязанія и къ конкурсу, открытому надъ третьимъ, то тѣмъ самымъ кредитору будетъ предоставлено или право обособленія объекта изъ конкурсной массы третьяго или право на преимущественное удовлетвореніе[4]), что, конечно, не согласуется съ обязательственнымъ характеромъ его притязанія; отсюда Кноке и дѣлаетъ выводъ, что дѣйствіе относительнаго запрета распоряженія не имѣетъ силы въ отношеніи конкурса, открытаго надъ третьимъ лицомъ. Но не правы и критики теоріи Кноке, поскольку они хотятъ предоставить кредитору именно право преимущественнаго удовлетворенія въ конкурсѣ третьяго или даже право на обособленіе. Цѣль установленія относительнаго запрета распоряженія воспрепятствовать должнику своими дѣйствіями нанести ущербъ правамъ кредитора, но не создать послѣднему того права, котораго онъ не имѣлъ. Вѣдь если надъ самимъ должникомъ

---

[1]) Knoke, ibid., S. 431.
[2]) Strohal, ibid., S. 44; Voss, ibid., S. 314; Reichmayr, ibid., S. 29.
[3]) Knoke, ibid., S. 423.
[4]) Право обособленія при притязаніи кредитора на установленіе вещнаго права на объектъ, — преимущественнаго удовлетворенія при денежномъ требованіи.

Digitized by Google

будетъ объявленъ конкурсъ, то кредиторъ по обязательственному требованію не получитъ въ этомъ конкурсѣ ни права на обособленіе, ни на преимущественное удовлетвореніе. Почему же по акцессорному обязательству къ третьему лицу кредиторъ долженъ пріобрѣсти бо́льшія права, чѣмъ по основному обязательству къ должнику? И въ томъ и другомъ случаѣ кредиторъ при наличности конкурса долженъ стоять на ряду, а не выше прочихъ конкурсныхъ кредиторовъ [1]). Германское конкурсное законодательство, какъ уже было отмѣчено (§ 13 К. О.), вполнѣ опредѣленно придаетъ дѣйствію относительнаго запрета лишь обязательственный характеръ, не придавая ему значенія при конкурсѣ должника, а потому сторонники теоріи вещнаго дѣйствія относительной недѣйствительности не только, на нашъ взглядъ, неправильно опредѣляютъ цѣль относительнаго запрета, но расходятся и съ положительнымъ законодательствомъ.

Уже изъ предшествующаго критическаго обзора теорій объ относительной недѣйствительности ясны основныя положенія нашего взгляда на сущность относительной недѣйствительности сдѣлокъ, связанной съ запретомъ распоряженія. Такъ называемыя относительно недѣйствительныя сдѣлки дѣйствительны по отношенію ко всѣмъ лицамъ, а въ томъ числѣ и кредитору. Запретъ распоряженія обусловливаетъ возникновеніе обязательства между кредиторомъ и третьимъ лицомъ; въ силу этого обязательства кредиторъ можетъ требовать отъ третьяго лица исполненія основного обязательства, поскольку сдѣлка послѣдняго съ должникомъ препятствуетъ этому исполненію. Обязательство третьяго лица порождается возбужденіемъ спора противъ сдѣлки съ кредиторомъ. Обратимся къ болѣе детальному выясненію отдѣльныхъ моментовъ предлагаемой нами конструкціи.

Относительная недѣйствительность сдѣлки обусловливается запретомъ распоряженія. Такой запретъ можетъ влечь за собой различныя послѣдствія, смотря по тому, какія цѣли преслѣдуетъ законодатель, устанавливая его. Законодатель можетъ лишать сдѣлку санкціи, и такая сдѣлка является ничтожной [2]). Но запретъ можетъ быть направленъ не на самую сдѣлку какъ правовое явленіе, а на ея фактическіе результаты; въ этомъ случаѣ запретъ предполагаетъ именно дѣйствительность самой сдѣлки. Такое значеніе запретъ

[1]) Иное положеніе кредитора при абсолютной недѣйствительности сдѣлокъ, см. ниже.

[2]) Правъ Раапе (ibid., стран. 14), указывающій, что въ сущности при сдѣлкахъ ничтожныхъ излишне говорить объ ихъ запрещеніи. Если сдѣлкѣ отказано въ санкціи, то она и не возникаетъ, а потому незачѣмъ ее и запрещать.

Digitized by Google

имѣетъ при относительной недѣйствительности сдѣлокъ[1]). Исправленіе вредныхъ для кредитора послѣдствій дѣйствительной сдѣлки можетъ быть совершено лишь созданіемъ дѣйствія параллельнаго дѣйствію оспариваемой сдѣлки. Это положеніе находитъ подтвержденіе въ сравненіи случаевъ относительной недѣйствительности, обусловленной защитой интересовъ кредитора, имѣющаго лишь обязательственное требованіе, съ случаями столкновенія вещныхъ правъ на одинъ и тотъ же объектъ различныхъ лицъ, обычно относимыхъ также къ категоріи относительной недѣйствительности[2]). Выше были уже приведены отдѣльные случаи относительной недѣйствительности, обусловленные столкновеніемъ вещныхъ правъ различныхъ лицъ: таковъ извѣстный римскому праву случай отпущенія собственникомъ на волю раба, находящагося въ пользованіи другого лица; недѣйствительность отказа ипотечнаго вѣрителя отъ своихъ правъ въ отношеніи того лица, коему такая ипотека была въ свою очередь заложена (Австр. Гражд. Ул. § 51). Остановимся еще на нѣкоторыхъ подобныхъ случаяхъ, извѣстныхъ германскому праву. По § 880 D. BGB старшинство записи въ ипотечныя книги можетъ быть объектомъ сдѣлки, по которой стоящій впереди можетъ уступить свое мѣсто стоящему ниже въ порядкѣ записей, при чемъ «мѣсто, предоставленное выдвинутому впередъ праву, не теряется вслѣдствіе сдѣлки, прекращающей отступающее право». Если ипотечный кредиторъ, уступившій свое старшинство другому кредитору, откажется отъ своего требованія, то такой отказъ разъ навсегда дѣйствителенъ въ отношеніи собственника, ипотека прекращается, но второй кредиторъ сохраняетъ пріобрѣтенное имъ по сдѣлкѣ съ первымъ старшинство, хотя послѣднее и базировалось на правѣ перваго кредитора. Фактически передъ нами та же картина относительной недѣйствительности, какъ и въ томъ случаѣ, когда кредитору принадлежитъ лишь обязательственное требованіе: отказъ отъ права перваго кредитора вполнѣ дѣйствителенъ, но результатъ его, погашеніе ипотеки, не долженъ повредить права второго кредитора,—послѣдній сохраняетъ свое старшинство. Но юридическія основанія такой относительной недѣйствительности различны. Уступка старшинства ипотечной записи есть вещная сдѣлка[3]). Права, изъ такой записи вытекающія, въ связи съ принципомъ публичности вотчинныхъ книгъ носятъ абсолютный характеръ, распространяя свое дѣйствіе на всѣхъ третьихъ лицъ[4]). Вотъ почему,

[1]) Raape, ibid., S. 15, 81.
[2]) Strohal, ibid., S. 34, 39.
[3]) Regelsberger, § 91, Ziff. IV; E. Fuchs, Grundbuchrecht, 1902, S. 98, § 880, Anm. 11.
[4]) Kober, въ Staudingers Kommentar zum BGB. § 880, S. 129, 1912.

Digitized by Google

несмотря на погашеніе ипотеки перваго кредитора, старшинство, полученное вторымъ, остается дѣйствительнымъ. Въ то время какъ при обязательственныхъ правахъ кредитора притязаніе его къ третьему лицу непосредственно не вытекаетъ изъ его основного требованія и для созданія этого притязанія необходимо особое постановленіе закона (запретъ распоряженія), при вещныхъ правахъ кредитора его требованіе къ третьему лицу не есть исключительное правовое явленіе, а нормально вытекающее изъ основного требованія, имѣющаго вещный характеръ[1]).

Подобно тому какъ кредиторъ, обладающій вещнымъ притязаніемъ, можетъ обращать взысканіе на третье лицо, несмотря на сдѣлку другого лица, обладающаго также вещнымъ правомъ на данный объектъ, подобно тому и кредиторъ по обязательственному требованію, въ силу особаго постановленія закона, можетъ обратиться съ своимъ обязательственнымъ требованіемъ къ третьему. Общее между относительной недѣйствительностью, связанной съ вещными правами кредитора, и обязательственными — это параллельность двухъ дѣйствій: дѣйствительность относительно недѣйствительной сдѣлки, а съ другой стороны, дѣйствіе, ограничивающее вліяніе этой сдѣлки на права кредитора. Но въ то время какъ права кредитора, имѣющаго вещное притязаніе къ третьему лицу, носятъ вещный характеръ, а потому влекутъ за собой особое удовлетвореніе и при конкурсѣ третьяго лица, права кредитора, имѣющаго обязательственное требованіе, имѣютъ лишь обязательственный характеръ.

Германское право знаетъ однако переходъ отъ обязательственной защиты правъ кредитора къ вещной; мы разумѣемъ институтъ такъ называемой предварительной отмѣтки (Vormerkung). По § 883, абз. 2, D. BGB: «Распоряженіе относительно поземельнаго участка или права на него, послѣдовавшее послѣ внесенія предварительной отмѣтки, недѣйствительно настолько, насколько оно, въ цѣломъ или въ части, лишило бы значенія обезпеченное отмѣткой притязаніе». Здѣсь передъ нами опять случай относительной недѣйствительности, внесеніе предварительной отмѣтки не лишаетъ собственника права распоряженія, не отнимаетъ у его сдѣлокъ дѣйствительности, но результаты этихъ сдѣлокъ ограничены постольку, поскольку они могутъ нарушать права, защищенныя предварительной отмѣт-

[1]) Нашъ проектъ Гражд. Улож., нормируя въ ст. 1061 сдѣлки объ уступкѣ старшинства залоговыхъ правъ, не воспроизводитъ постановленія Германскаго Гражд. Улож. о сохраненіи старшинства, несмотря на прекращеніе уступающаго права, но послѣднее положеніе, и при отсутствіи особаго постановленія закона, вытекаетъ само по себѣ непосредственно изъ вещнаго значенія права старшинства.

Digitized by Google

кой[1]). Предварительной отмѣткой обезпечивается обязательственное требованіе, но не всякое, а только то, которое должно повести къ созданію того или другого вещнаго права на недвижимость, къ созданію права, подлежащаго внесенію въ ипотечныя книги[2]). Мѣняетъ ли внесеніе предварительной отмѣтки самый характеръ обезпечиваемаго имъ права — въ литературѣ представляется спорнымъ[3]), и здѣсь мы не можемъ входить въ разборъ различныхъ взглядовъ. Но если обезпечиваемое право само попрежнему и сохраняетъ свой обязательственный характеръ, то притязаніе, вытекающее изъ предварительной отмѣтки, въ связи съ принципомъ публичности вотчинныхъ книгъ, носитъ вещный характеръ[4]). Предварительная отмѣтка, обезпечивая обязательственное требованіе, направленное на установленіе вещнаго права, даетъ уже обязательственному требованію абсолютную защиту, она создаетъ переходъ отъ права обязательственнаго къ вещному[5]). Въ этомъ отношеніи относительная недѣйствительность, связанная съ внесеніемъ предварительной отмѣтки, должна быть отнесена къ тѣмъ случаямъ относительной недѣйствительности, гдѣ послѣдняя обусловливается вещнымъ правомъ кредитора, а не особымъ запретомъ распоряженія, защищающимъ обязательственныя требованія кредитора. Запретъ распоряженія есть мѣра исключительная, тогда какъ институтъ предварительной отмѣтки служитъ къ нормальному

---

[1]) Strohal, ibid., стран. 58—60, полагаетъ вообще, что правоотношенія, вызываемыя внесеніемъ предварительной отмѣтки, не могутъ быть отнесены къ случаямъ относительной недѣйствительности. Онъ правъ лишь, поскольку онъ противополагаетъ вліяніе предварительной отмѣтки (вещное) дѣйствію относительнаго запрета отчужденія (обязательственное). Но онъ неправъ, поскольку вовсе исключаетъ послѣдствія, связанныя съ Vormerkung, изъ случаевъ относительной недѣйствительности. Онъ указываетъ, что кредиторъ, права котораго отмѣчены въ ипотечныхъ книгахъ, получаетъ вещное притязаніе, а потому его требованіе къ третьимъ лицамъ само собой очевидно. Но развѣ не таково же притязаніе лица, получившаго въ закладъ ипотеку при погашеніи послѣдней, лица, получившаго по сдѣлкѣ старшинство въ порядкѣ записей въ вотчинной книгѣ при погашеніи отступающаго права, а между тѣмъ самъ Штрохаль (ibid., S. 22 и 37) относитъ эти случаи къ относительной недѣйствительности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ и при институтѣ предварительной отмѣтки, основаніе притязанія кредитора къ третьему лицу и характеръ этого притязанія отличный отъ случаевъ относительнаго запрета распоряженія, но всѣ эти случаи одинаковы съ ихъ отрицательной стороны: сдѣлка должника дѣйствительна, но результаты ея ограничены, поскольку они нарушаютъ права кредитора.

[2]) Германское Гражд. Уложеніе § 883, Abs. 1.

[3]) Lehmann, Krit. Vierteljschr. Band 45, S. 273; Fuchs, ibid., S. 110; Kretzschmer, Grundbuchrecht, I Band, S. 195; Kober, bei Stadingers Kommentar, § 883, S. 151; Strohal, ibid., S. 59, Anm.; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, 1901.

[4]) Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutsch. bürg. Rechts, I Band, 1911, стран. 206; Crome, System III § 376; Endemann, § 65, Anm. 16; Semeka, Das Warterecht, Archiv für bürgerl. R., Band 35, S. 121; Voss, ibid., S. 361.

[5]) Voss, ibid., S. 350.

Digitized by Google

осуществленію права въ связи съ общей организаціей вотчинныхъ книгъ [1]). Подобно тому какъ при вещномъ правѣ кредитора притязаніе послѣдняго къ третьимъ лицамъ вытекаетъ непосредственно изъ его права, такъ и абсолютная защита, даваемая предварительной отмѣткой, связана также съ основнымъ правомъ кредитора, является нормальной ступенью въ достиженіи вещнаго права, на установленіе котораго направлено обязательство. Такимъ образомъ, намъ представляется слѣдующая общая схема случаевъ относительной недѣйствительности. Относительная недѣйствительность, обусловленная вещными правами кредитора и дающая ему вещное притязаніе къ третьему лицу, притязаніе, непосредственно истекающее изъ основного права; относительная недѣйствительность, связанная съ обязательственными правами кредитора, но при посредствѣ вотчинныхъ книгъ дающая послѣднему также вещную защиту противъ третьихъ лицъ; и наконецъ относительная недѣйствительность, связанная съ обязательственными правами кредитора, не вытекающая изъ основного права, вызываемая особымъ постановленіемъ закона или суда и дающая кредитору лишь обязательственную защиту.

Обязательственное притязаніе кредитора къ третьему лицу основывается на особомъ постановленіи закона. Большинство изслѣдователей полагаетъ, что кредиторъ получаетъ свое удовлетвореніе отъ должника, а потому является правопреемникомъ послѣдняго, при чемъ на этой точкѣ зрѣнія стоятъ какъ сторонники нами отвергнутаго ученія объ одновременной дѣйствительности и недѣйствительности сдѣлки [2]), такъ и представители новѣйшихъ теорій, исходящіе изъ полной дѣйствительности сдѣлки [3]). Намъ представляется это положеніе неправильнымъ. Разъ сдѣлка между третьимъ лицомъ и должникомъ дѣйствительна, разъ третій пріобрѣлъ собственность, то у должника не остается никакихъ правъ, которыя онъ могъ бы передать кредитору къ третьему лицу. Въ силу возникающаго обязательства между кредиторомъ и третьимъ лицомъ кредиторъ требуетъ отъ послѣдняго исполненія основного его требованія къ должнику, поскольку, конечно, сдѣлка должника съ третьимъ исключила возможность такого исполненія со стороны

---

[1]) Voss, ibid., S. 339. Отсутствіе чертъ исключительности въ защитѣ даваемой внесеніемъ предварительной отмѣтки, ясно отмѣчается нижеслѣдующимъ постановленіемъ D. BGB., § 885: «Постановленіе объ обезпеченіи притязанія допускается, хотя бы не была удостовѣрена наличность опасности, угрожающей обезпечиваемому притязанію».

[2]) Plank, Kommentar 1, S. 244.

[3]) Strohal, ibid., S. 49, противъ Raape, ibid., S. 69; Reichmayr, ibid., S. 34.

Digitized by Google

самого должника. Добиваясь исполненія притязанія отъ третьяго лица, въ частности при искѣ о предоставленіи права собственности, кредиторъ, получая это право отъ третьяго лица, является правопреемникомъ третьяго, а не должника. Противъ признанія кредитора преемникомъ третьяго лица возражаетъ Штрохаль[1]), указывая, что въ такомъ случаѣ противъ кредитора должно имѣть силу судебное рѣшеніе, которымъ право собственности отчуждено отъ третьяго въ пользу четвертаго лица (§ 325 D. C. P. O.). Но это возраженіе не представляется существеннымъ. Основанія, по которымъ третье лицо можетъ лишиться собственности, — различны: или потому, что должникъ, передавшій собственность третьему лицу, въ дѣйствительности ея не имѣлъ, или въ независимости отъ дефекта правъ должника въ силу отношеній самого третьяго къ другимъ лицамъ. Въ первомъ случаѣ, считать ли кредитора преемникомъ третьяго или должника, безразлично онъ долженъ будетъ считаться съ отчужденіемъ права собственности. Во второмъ случаѣ кредиторъ, являясь правопреемникомъ третьяго лица, будетъ принужденъ также считаться съ результатомъ процессовъ, возбужденныхъ противъ третьяго лица, но вѣдь если и считать кредитора правопреемникомъ должника, то и по конструкціи самого Штрохаля мы придемъ къ тѣмъ же результатамъ. Штрохаль относительно недѣйствительную сдѣлку разсматриваетъ какъ сдѣлку, заключенную подъ резолютивнымъ условіемъ. Наступаетъ это условіе, возбуждаетъ споръ кредиторъ и сдѣлка становится недѣйствительной[2]). Но до этого момента она дѣйствительна, третій собственникъ и отчужденіе отъ него собственности дѣйствительно черезъ должника и въ отношеніи кредитора[3]).

Такъ называемая относительная недѣйствительность съ нашей точки зрѣнія ведетъ къ созданію обязательства между кредиторомъ и должникомъ. Можно ли разсматривать послѣднее какъ obligatio ex lege, разъ оно не вытекаетъ непосредственно изъ основного притязанія кредитора и не можетъ быть произведено отъ правъ должника? Взглядъ на право оспариванія сдѣлокъ кредиторами какъ на obligatio ex lege въ настоящее время пользуется наибольшимъ распространеніемъ въ Германіи въ примѣненіи къ конкурсному оспариванію[4]). Въ общемъ мы должны присоединиться къ этой теоріи, поскольку

[1]) Strohal, ibid., S. 49.
[2]) Strohal, ibid., S. 52.
[3]) По нашему взгляду правопреемство идетъ такъ: должникъ, третье лицо, кредиторъ; по теоріи Штрохаля: третье лицо, должникъ, кредиторъ; ясно, что кредитору все равно приходится считаться съ дѣйствіями третьяго лица.
[4]) Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, 1884, S. 25—26; Jäger, Anf. Ges. S. 33, 36 и др., см. ниже.

Digitized by Google

ею правильно разрѣшается проблема относительной недѣйствительности созданіемъ обязательственнаго отношенія между кредиторомъ и третьимъ лицомъ. Но и только. По мнѣнію одного изъ видныхъ представителей теоріи obligatio ex lege, Егера[1]), вмѣстѣ съ фактомъ нарушенія интересовъ кредитора, непосредственно въ силу закона создается обязательственное требованіе кредитора къ третьему лицу. Съ этимъ едва ли можно согласиться. Сдѣлка должника съ третьимъ лицомъ вполнѣ дѣйствительна, кредитору же предоставляется возможность отвратить отъ себя результаты этой сдѣлки, но для этого онъ долженъ сдѣлку оспорить; вотъ это-то право и предоставляетъ ему законъ. Относительная недѣйствительность сдѣлки и связанное съ ней возникновеніе обязательственнаго требованія къ третьему лицу есть лишь послѣдствіе, а не основаніе оспариванія[2]). То субъективное право, которое непосредственно возникаетъ въ силу закона въ связи съ запретомъ распоряженія, заключается не въ правѣ обязательственнаго требованія къ третьему лицу, а въ правѣ одностороннимъ актомъ — заявленіемъ спора противъ сдѣлки — создать это обязательство. Право оспариванія относительно недѣйствительныхъ сдѣлокъ относится къ разряду субъективныхъ правъ, дающихъ ихъ носителямъ правомочіе односторонним волевымъ актомъ создавать, измѣнять или прекращать правоотношенія[3]). До момента созданія одностороннимъ актомъ обязательства у кредитора непосредственно въ силу закона имѣется лишь ожиданіе (Anwartschaftsrecht) созданія въ будущемъ обязательственнаго требованія къ третьему[4]); черезъ оспариваніе это право ожиданія развивается въ полное право обязательственнаго требованія къ третьему. Какимъ путемъ долженъ итти кредиторъ для созданія обязательственнаго притязанія: необходимо ли судебное заявленіе спора (искъ и возраженіе) или достаточно и внѣсудебнаго заявленія — это вопросъ положительнаго законодательства. Такъ, по австрійскому закону объ оспариваніи (§§ 16, 33), «права оспариванія осуществляются какъ путемъ иска, такъ и возраженіемъ противъ иска»; сообразно такому выраженію законодателя слѣдуетъ

---

[1]) Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 1911, § 29, Anm. 59, S. 341.

[2]) Reichmayr, ibid., стран. 53, § 35 Австр. зак. объ оспариваніи постановляетъ: искъ кредитора имѣетъ своей цѣлью: «dass die angefochtene Rechtshandlung dem Gläubiger gegenüber als unwirksam erklärt werde».

[3]) Zitelmann (Int. Priv. Recht I, S. 43) называетъ эти права «Rechte des rechtlichen Könnens», Seckel (in Festgabe der jur. Gesellschaft zu Berlin für Koch)—«Gestaltungsrechte». См. также Tuhr, Der allgemeine Teil deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 161—162; Reichmayr, ibid., S. 77 und folg.

[4]) Radke, Anwartschaften und Anwartschaftsrechte des bürgerlichen Rechts, 1913, S. 7, 12; Tuhr, ibid., Band I, стран. 182, причисляетъ Anwartschaften къ субъективнымъ правамъ и означаетъ ихъ какъ Warterecht.

Digitized by Google

притти къ выводу, что по австрійскому праву внѣсудебное заявленіе спора недостаточно для возникновенія обязательства [1]). Иначе по германскому праву, придающему значеніе и внѣсудебному заявленію кредитора объ оспариваніи (§ 4 D. Anf. G.) [2]).

Правда, практически и одностороннее заявленіе кредитора объ оспариваніи, создающее обязательственное требованіе къ третьему лицу, и предъявленіе послѣдняго совпадаютъ, но теоретически это дѣленіе сохраняетъ свое полное значеніе. Этотъ характеръ права кредитора, какъ права на созданіе одностороннимъ волеизъявленіемъ обязательственнаго требованія къ третьему лицу, на нашъ взглядъ съ очевидностью вытекаетъ, напр., изъ § 9 Герм. закона о внѣконкурсномъ оспариваніи, по которому: «Если оспариваніе осуществляется путемъ предъявленія иска, то въ исковомъ прошеніи должно быть обозначено, въ какомъ объемѣ и какимъ путемъ должно быть возвращено имущество пріобрѣтателемъ».

Но изъ изложеннаго взгляда, что при относительной недѣйствительности сдѣлокъ обязательственное требованіе къ третьему лицу возникаетъ не непосредственно въ силу закона, а рождается лишь въ силу заявленія спора со стороны кредитора, вытекаютъ и существенныя практическія послѣдствія. Такъ, если при конкурсномъ оспариваніи предоставленное кредиторомъ право не есть непосредственное право требованія къ третьему лицу, а есть лишь право одностороннимъ заявленіемъ создать притязаніе, то такое право не подлежитъ дѣйствію общихъ постановленій о теченіи давностныхъ сроковъ; сроки, для него установленные, являются сроками преклюзивными. Отсюда, если, напримѣръ, § 41 германскаго Конкурснаго Устава постановляетъ, что оспариваніе должно воспослѣдовать въ теченіе года со дня открытія конкурса, то указанный преклюзивный годичный срокъ касается лишь самаго заявленія спора, возникшее же на основаніи послѣдняго обязательственное требованіе къ третьему лицу погашается лишь истеченіемъ общаго, для германскаго права 30-лѣтняго, срока, при чемъ теченіе этого срока подлежитъ уже дѣйствію общихъ правилъ о давности [3]).

При относительной недѣйствительности сдѣлокъ оспариваніе, заявленное кредиторомъ, ведетъ къ созданію обязательственнаго требованія къ третьему лицу, не разрушая самой сдѣлки между третьимъ лицомъ и должникомъ. Этимъ отличается, напримѣръ, конкурсное оспариваніе, связанное лишь съ относительной недѣй-

[1]) Reichmayr, ibid., S. 84, иначе Pollak, S. 365.
[2]) Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, 1884, стран. 219. Протоколы комиссіи рейхстага къ новеллѣ 1898 г. Bericht, стран. 1952. Другого мнѣнія Jäger, Kommentar § 29, 59, стран. 341.
[3]) Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 1903, стр. 142.

Digitized by Google

ствительностью оспоренныхъ сдѣлокъ, отъ конкурснаго оспариванія, влекущаго за собой абсолютную недѣйствительность сдѣлокъ. При послѣднемъ сущность права, предоставляемаго закономъ кредиторамъ, также заключается въ возможности односторонним волеизъявленіемъ измѣнить создавшіяся правоотношенія (Gestaltungsrecht), но не путемъ созданія особаго обязательства третьяго лица, а путемъ разрушенія самой оспариваемой сдѣлки. Въ этомъ случаѣ все содержаніе права оспариванія заключается въ возможности разрушить сдѣлку, въ результатѣ чего отмѣняются всѣ права контрагента должника и вновь возвращаются къ самому должнику (restitutio in integrum). Обращеніе взысканія на контрагента должника является уже нормальнымъ случаемъ обращенія взысканія на имущество должника, находящееся у третьихъ лицъ.

Обязательственное требованіе кредитора къ третьему лицу создается лишь въ цѣляхъ исполненія основного обязательства, оно является акцессорнымъ къ послѣднему. Совершая сдѣлку, несмотря на запретъ распоряженія, установленный въ защиту индивидуальнаго (передача въ собственность опредѣленнаго объекта, созданіе какого-либо другого вещнаго права на этотъ объектъ) или родового требованія (денежное обязательство) кредитора, должникъ лишаетъ послѣдняго возможности получить полное или вообще удовлетвореніе. Такая невозможность можетъ выразиться въ отчужденіи объекта, который долженъ былъ быть переданъ кредитору, въ установленіи въ пользу третьяго лица вещнаго права, обезцѣнивающаго для кредитора полученіе даннаго объекта или вообще въ уменьшеніи имущества (при чемъ запретъ можетъ касаться опредѣленной части имущества или всего имущества въ цѣломъ; послѣднее мы имѣемъ при конкурсѣ). Содержаніемъ обязательственнаго требованія кредитора къ третьему лицу и является требованіе исполненія обязательства, поскольку сдѣлка третьяго лица съ должникомъ нарушила возможность полученія удовлетворенія. Предѣлы этого требованія опредѣляются двумя моментами: величиной основного требованія къ должнику и въ предѣлахъ послѣдняго тѣмъ, что получено третьимъ лицомъ отъ должника.

Если требованіе кредитора заключалось въ передачѣ ему вещи въ собственность, а затѣмъ должникъ отчудилъ вещь третьему лицу, то кредиторъ имѣетъ право, оспаривая сдѣлку, предъявить къ третьему лицу искъ о перенесеніи на него права собственности. Если, несмотря на запретъ распоряженія, должникъ установилъ на данный объектъ въ пользу третьяго какое-либо вещное право (залогъ, пользовладѣніе), то кредиторъ можетъ требовать отъ третьяго лица отказа отъ этого права. Если между тѣмъ надъ

Digitized by Google

третьимъ лицомъ открытъ конкурсъ, то кредиторъ, имѣя лишь обязательственное право, не можетъ требовать обособленія объекта изъ конкурсной массы; ему принадлежитъ лишь право (какое онъ имѣлъ бы и при конкурсѣ самого должника) выступить на ряду съ прочими конкурсными вѣрителями, опредѣливъ цѣнность своего требованія[1]). Также если третье лицо отчудитъ объектъ другому лицу, то притязаніе кредитора сводится на требованіе цѣнности объекта.

Если кредитору принадлежитъ лишь денежное требованіе, то поскольку онъ не получилъ удовлетворенія съ должника, онъ можетъ довзыскивать съ третьяго лица. Если нарушеніе интересовъ кредитора выразилось въ обремененіи имущества должника правомъ третьяго, то кредиторъ имѣетъ право добиваться отмѣны этого притязанія третьяго, поскольку оно препятствуетъ его удовлетворенію изъ имущества должника.

Требованіе къ кредитору есть лишь акцессорное право къ основному требованію, а потому съ уничтоженіемъ послѣдняго падаетъ и первое; третье лицо можетъ воспользоваться противъ кредитора всѣми тѣми возраженіями, которыя принадлежатъ должнику противъ кредитора.

Д. М. Генкинъ.

---

[1]) Германскій Конкурсный Уставъ § 69.

Digitized by Google

По поводу юбилея сенатора В. Л. Исаченка.

6 апрѣля этого года русскіе юристы праздновали семидесятипятилѣтіе жизни сенатора Василія Лаврентьевича Исаченка. Къ этому дню появились привѣтствующія нашего извѣстнаго цивилиста статьи г. В. въ «Вѣстникѣ Права» 1914 г., №№ 13—14, М. М. Винавера въ «Вѣстникѣ Гражданскаго Права» 1914 г., № 4, и А. Гойхбарга въ «Правѣ» 1914 г., № 15. Напомнить о заслугахъ В. Л. Исаченка долженъ и «Юридическій Вѣстникъ».

I.

На три періода дѣлится жизнь юбиляра какъ юриста: сначала онъ самъ учится праву, въ то же время творя его въ качествѣ мирового судьи Игуменскаго уѣзда (съ 1872 г.), Минскаго округа (1877 г.), члена Екатеринодарскаго (1880 г.), затѣмъ Минскаго (1883 г.) окружнаго суда. Учится въ буквальномъ смыслѣ этого слова. До этого времени В. Л. не занимался правомъ, ни теоретически ни практически. Этому первому юридическому періоду жизни В. Л. Исаченка, предшествуетъ уже шестилѣтняя общественная дѣятельность его, кандидата не правъ, а физико-математическихъ наукъ Петроградскаго университета, какъ учителя математики и естественныхъ наукъ въ Минскихъ мужской и женской гимназіяхъ, изданіе учебника ариѳметики, поѣздка на съѣзды естествоиспытателей, занятія въ губернскомъ статистическомъ комитетѣ. Судейское кресло занято было такимъ образомъ лицомъ, не получившимъ ни теоретической, ни практической къ нему подготовки. Новое дѣло захватило В. Л. жизненностью, недостатокъ же теоретической подготовки восполнялся имъ самоучкою. Онъ самъ безъ средней школы подготовился къ университету (А. Гойхбаргъ, стран. 1243), самъ подготовился и къ юридической дѣятельности и не только для себя, но и для того, чтобы стать учителемъ другихъ. Онъ изучаетъ законы и особенно судебную практику. Но этого мало—въ тиши одного изъ самыхъ глухихъ уѣздныхъ городовъ, обложивши себя всей доступной по тому времени лите-

Digitized by Google

ратурой по русскому праву, а также нѣмецкими и французскими книгами по римскому праву, прусскому ландрехту и пр., В. Л. Исаченко изучалъ эти науки такъ, какъ иные готовятся только къ магистерскому экзамену (г. В., стр. 414). Къ концу этого періода онъ уже выступаетъ съ рядомъ статей преимущественно матеріально-правового характера, обыкновенно въ «Юридическомъ Вѣстникѣ» («Полицейское засвидѣтельствованіе подписи за безграмотныхъ», «Юридическій Вѣстникъ» 1881 г., кн. 5, «О задаткѣ» — 1881 г. кн. 9; особенно обширна изъ нихъ — «Лица въ договорѣ, несовершеннолѣтнія» — 1882 г., кн. 8, «Душевно-больныя» — 1883 г., кн. 6—7, «Расточители» — 1885 г., кн. 11 и 12) и въ «Судебной Газетѣ» («Наши спеціальные законы», 1883 г., № 2, «Эмфитевзисъ въ Россіи», 1883 г., № 12). Каждая изъ этихъ статей свидѣтельствуетъ уже о хорошей начитанности автора ихъ. Ссылки на иностранныя законодательства, на курсы Марецелля, Пухты, Виндшейда, Гудсмита, на соотвѣтственныя нѣмецкія монографіи мы находимъ въ нихъ въ изобиліи. Характерно и подробное приведеніе сенатской практики и ея критика. Своеобразно было изученіе права В. Л. Исаченкомъ, и это своеобразіе отложило глубокій слѣдъ на всей дальнѣйшей литературной и практической дѣятельности В. Л. Къ наукѣ права, къ иностраннымъ законодательствамъ онъ обращался не изъ научнаго самодовлѣющаго интереса, а изъ практической необходимости. Не научныхъ догматическихъ опредѣленій и конструкцій или систематики искалъ онъ. Ему необходимо было найти отвѣтъ на потребности его личной жизни. Его, какъ судью, рѣзко поражало съ первыхъ же поръ нерѣдкое несоотвѣтствіе буквы закона и особенно въ пониманіи ея практикой съ тѣмъ, какъ вели себя и что считали правомъ тѣ, съ кѣмъ судья приходилъ въ соприкосновеніе, — тяжущіеся. Сенатская практика, придававшая безусловное значеніе полицейскому засвидѣтельствованію подписей и въ то же время непремѣнно его требовавшая, подавала поводъ къ злоупотребленіямъ искушенныхъ надъ неопытными; взглядъ сената на задатокъ совершенно тогда расходился со всякому изъ насъ хорошо извѣстнымъ воззрѣніемъ на задатокъ, какъ на обезпеченіе сдѣлки съ правомъ цѣной его отъ нея отступиться; малолѣтніе совершаютъ повседневно сдѣлки, а законъ и практика отрицаютъ всякое ихъ юридическое значеніе и т. д. и т. д. Судьѣ, не привыкшему съ университетской скамьи смотрѣть на такое положеніе, какъ на предписанное закономъ, а потому покоряться, и въ то же время добросовѣстно желавшему примѣнять именно законъ, съ громаднымъ трудолюбіемъ впервые изучавшему и законы и практику, эти жизненныя противорѣчія были

Digitized by Google

мучительны. За разрѣшеніемъ ихъ, мнѣ кажется, В. Л. Исаченко и шелъ къ учебникамъ римскаго права, и здѣсь онъ дѣйствительно его нашелъ (для себя, прибавимъ мы теперь) въ ученіи исторической школы о значеніи народнаго обычая. И этотъ обычай В. Л. горячо отстаиваетъ: «если это воззрѣніе народа вылилось въ извѣстную опредѣленную юридическую норму, повсемѣстно и непзмѣнно повторяется, то оно и должно послужить источникомъ закона» («Юридическій Вѣстникъ» 1881 г., кн. 9, стран. 167). Изъ исторической школы заимствовался имъ и одинъ изъ способовъ доказыванія правильности такого пониманія закона, при которомъ онъ кажется удовлетворяющимъ народному воззрѣнію, жизненнымъ потребностямъ. Это — обращеніе къ исторіи закона. Для В. Л. Исаченка въ этихъ случаяхъ прибѣжищемъ служатъ источники, изъ которыхъ заимствована та или другая статья законовъ гражданскихъ. Къ этому пріему онъ и обращается въ только что указанныхъ его статьяхъ для опроверженія сенатской практики, какъ несогласной съ закономъ-обычаемъ. Изъ чтенія книгъ исторической школы В. Л. Исаченко усвоилъ то, что ему было нужно, хотя можетъ быть оно тамъ и не содержалось, оправданіе воззрѣнія о необходимости примѣнять законъ къ жизни и ея потребностямъ, воззрѣніе весьма близкое къ умѣреннымъ современнымъ модернистамъ — недаромъ нѣкоторые изъ нихъ зачисляютъ въ свой лагерь и Савиньи[1]). Наука дала, такимъ образомъ, В. Л. Исаченку необходимый душевный покой, позволила сочетать уваженіе къ закону съ необходимостью удовлетворять народному воззрѣнію — вѣрнѣе, личному интуитивному праву судьи, и В. Л. Исаченко навсегда сохранилъ, какъ уже отмѣчено Гойхбаргомъ, великое уваженіе къ наукѣ права. Наука дала ему то, что онъ въ ней искалъ, и разъ сложившееся у него воззрѣніе на законъ онъ сохранилъ всю свою жизнь и въ только что вышедшемъ второмъ томѣ своихъ «Обязательствъ по договорамъ» (стран. 10) онъ такъ хвалитъ одно рѣшеніе сената: «справедливо и вполнѣ согласно съ обычаемъ, этимъ лучшимъ источникомъ законовъ». Цѣлью изученія научныхъ работъ объясняется и то, что, несмотря на искреннее уваженіе къ наукѣ, В. Л. Исаченко вовсе не считаетъ нужнымъ по каждому вопросу прежде всего взглянуть въ какую-либо научную книгу, что онъ въ своихъ работахъ совершенно не считается съ формулами опредѣленій въ догматическихъ работахъ, съ тѣмъ,

---

[1]) Ср. Manigk, Was ist uns Savigny («Recht und Wirtschaft» 1912, S. 174, и его же, Savigny und der Modernismus, 1914. Ср., впрочемъ и проф. Е. В. Спекторскій, Къ столѣтію исторической школы въ правовѣдѣніи. «Юрид. Вѣстн.» 1914 г., кн. VI (II), стран. 38.

Digitized by Google

что эти формулы усиленно перерабатывались и измѣнялись за долгое время его судебной дѣятельности. Ему довольно также безразлично, откуда онъ, когда ему по его практическимъ цѣлямъ они понадобятся, черпаетъ свѣдѣнія въ наукѣ или въ иностранныхъ законодательствахъ. Вотъ гдѣ, мнѣ думается, ключъ къ тому, что ни въ чемъ такъ часто критика не упрекала В. Л. Исаченка, какъ въ недостаточно бережномъ отношеніи къ наукѣ въ его главныхъ трудахъ, доставившихъ ему славу, хотя онъ и занимался наукой и ее любитъ.

II.

Второй періодъ жизни В. Л. Исаченка — прохожденіе имъ должности товарища предсѣдателя Минскаго окружнаго суда (съ 1886 г.) и Московскаго (съ 1899—1901 гг.). Это — время созданія имъ его обширнаго шеститомнаго «Гражданскаго процесса», практическаго комментарія на вторую книгу Устава гражданскаго суд., а на самый конецъ этого періода падаетъ составленіе имъ «Русскаго гражданскаго судопроизводства», практическаго руководства для студентовъ и начинающихъ юристовъ, которое появляется, впрочемъ, въ свѣтъ уже по переходѣ В. Л. Исаченка въ Петроградъ товарищемъ оберъ-прокурора гражданскаго кассаціоннаго департамента. Журнальная дѣятельность за это время почти затихаетъ. «Давность владѣнія по рѣшеніямъ сената» («Юридическій Вѣстникъ» 1886 г. кн. I), «Дробленіе исковъ» («Юридическій Вѣстникъ» 1890 г. кн. II), «Наше охранительное судопроизводство» («Журналъ Министерства Юстиціи» 1898 г. кн. 7, 1899 г. кн. 1 и 2) — вотъ, кажется, и все. Всѣ силы уходятъ, такимъ образомъ, на составленіе комментарія, который появляется небольшими выпусками, составившими 6 обширныхъ томовъ, въ теченіе 1890—1895 гг. Если припомнить, что въ это время В. Л. былъ товарищемъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія одного изъ наиболѣе обремененныхъ по количеству дѣлъ судовъ въ Минскѣ, то невольно преклонишься передъ громадной трудоспособностью автора комментарія. При появленіи въ свѣтъ комментарій не сразу получилъ то признаніе, которымъ онъ теперь пользуется. Правда, въ «Судебной Газетѣ» при появленіи почти каждаго выпуска появлялись крошечныя библіографическія замѣтки, въ общемъ очень похвальныя, но вся остальная юридическая печать обошла комментарій молчаніемъ, и первое время мы встрѣчаемъ и въ научныхъ работахъ очень мало ссылокъ на этотъ комментарій; единственная же обширная рецензія, принадлежавшая перу другого, тоже чрезвычайно плодовитаго и пользующагося теперь большою извѣстностью судебнаго практика,

Digitized by Google

теперь также сенатора К. П. Змирлова («Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права» 1891 г. № 6, 8 и 1892 г. № 9) была скорѣе неблагопріятной. К. П. Змирловъ признавалъ большія достоинства новаго комментарія и «трудолюбіе автора» (1891 г. № 6, стран. 97), но въ то же время указывалъ на рядъ крупныхъ недостатковъ, на непользованіе иностранными кодексами, въ виду чего комментарій Исаченка «потерялъ не мало сравнительно съ составленнымъ К. Н. Анненковымъ» (тамъ же, стран. 91), указывалъ на пренебреженіе къ элементарнымъ положеніямъ, которыя прочно установлены наукой права (1892 г. № 9, стран. 130), на неуказаніе и непользованіе литературными пособіями (1891 г. № 6, стран. 91), на приведеніе сенатскихъ кассаціонныхъ рѣшеній «въ сыромъ видѣ» (1891 г. № 8, стран. 120). И надо сказать, что всѣ эти упреки К. П. Змирлова вполнѣ обоснованы. Тѣмъ не менѣе комментарій В. Л. Исаченка, несмотря на эти недостатки, которые должны были бы совершенно подрывать его научное и практическое значеніе, занялъ видное мѣсто въ нашей литературѣ, съ годами получалъ все бо́льшую оцѣнку, потребовалъ новыхъ изданій, при чемъ наибольшій успѣхъ имѣли два послѣднихъ тома, посвященныхъ исполненію судебныхъ рѣшеній; первый изъ нихъ (т.-е. пятый) появился на-дняхъ четвертымъ изданіемъ. Что же составляетъ силу комментарія В. Л. Исаченка и почему онъ имѣлъ такой успѣхъ, несмотря на то, что при появленіи его въ свѣтъ у насъ уже имѣлся тоже шеститомный опытъ комментарія къ уставу гражданскаго суд. К. Н. Анненкова, выдержавшій тоже два изданія. Два этихъ комментарія, несмотря на то, что комментируютъ одинѣ и тѣ же статьи и даютъ часто одинаковыя рѣшенія, совершенно другъ на друга внутренне непохожи. Первый написанъ любителемъ права. Какъ извѣстно, К. Н. Анненковъ не былъ профессіональнымъ ученымъ, не былъ и профессіональнымъ практикомъ. Помѣщикъ и почетный мировой судья, любитель права, онъ былъ одаренъ выдающимися чисто цивилистическими способностями къ логическому толкованію закона. Второй опытный практикъ, испытавшій лично на себѣ каждое требованіе каждой статьи устава, чутко относящійся къ требованіямъ жизни, мучающійся и несовершенствомъ отдѣльныхъ статей и тѣмъ, что онѣ обращаются въ средство угнетенія одною стороною другой, судомъ тяжущихся, адвокатами судей и такъ далѣе. Свои комментаріи они создаютъ на совершенно разныхъ основахъ. У В. Л. Исаченка этой основой является прежде всего и главнѣе всего личный опытъ, и наука и литература привлекаются лишь тогда, когда ему въ его личномъ опытѣ пришлось за ними потянуться. Совсѣмъ иное — К. Н. Анненковъ, онъ беретъ ино-

Digitized by Google

странный кодексъ наиболѣе повліявшій на насъ, понятно, французскій, беретъ работы, его объясняющія, и стремится, имѣя въ рукахъ эти иностранные образцы, дать путемъ толкованія текста нашихъ статей отвѣты на всѣ тѣ вопросы, которые возбуждались французскими авторами по отношенію къ тому тексту, который они комментировали. Онъ даетъ такимъ образомъ отвѣты не на тѣ казусы, которые дѣйствительно уже возникали въ нашей судебной практикѣ, а тѣ, которые, надо полагать, встрѣтятся у насъ. Исключеніемъ является, конечно, то, что уже рѣшалось у насъ сенатомъ и что уже обсуждалось въ нашей литературѣ. Кто не знаетъ, какое изумительное трудолюбіе по собранію всякой самой мелкой литературной замѣтки проявлялъ К. И. Анненковъ, какъ онъ, богато одаренный цивилистическимъ даромъ, точно боялся приписать себѣ рѣшеніе, которое кто-нибудь, гдѣ-нибудь, хотя бы со слабой аргументаціей, да уже высказалъ. Главная сила К. Н. Анненкова въ его удивительной логической одаренности и умѣніи изъ каждаго слова закона, изъ каждой запятой дѣлать выводы. И въ сенатскихъ рѣшеніяхъ, и въ чужихъ статьяхъ его интересуютъ мотивы, для него нѣтъ авторитета ни сената, ни ученаго имени: только доводы могутъ его убѣждать. Главная сила всѣхъ комментаріевъ — его аргументація и безбоязненность его выводовъ. Иного характера — комментарій В. Л. Исаченка. Самымъ характернымъ для этого комментарія является нерѣдкое употребленіе прошедшаго времени — «мы такъ рѣшали», или осужденіе, что такъ рѣшаютъ, видимо, отмѣняя «наши» рѣшенія. Комментарій Исаченка это, конечно, приведенная въ систему лѣтопись тѣхъ затрудненій, которыя испытывалъ самъ В. Л. Исаченко, примѣняя на практикѣ ту или иную статью. Это сказывается на любой страницѣ всѣхъ написанныхъ имъ комментаріевъ. Этимъ объясняется тотъ фактъ, что часто объясняются статьи закона, на первый взглядъ кажущіяся совершенно ясными (въ этомъ упрекалъ В. Л. Исаченка даже столь сочувственный ему анонимный критикъ судебной газеты), что значительная масса объясненій носитъ казуистическій характеръ, что авторъ обращаетъ много вниманія на вопросы чисто техническіе канцелярскаго свойства, что объясненія недостаточно систематизированы. Это же зато дало комментарію В. Л. Исаченка и заслуженный успѣхъ, какъ это ни кажется на первый взглядъ парадоксальнымъ. Съ одной стороны, практикъ, въ значительной мѣрѣ переживающій при своей дѣятельности какъ разъ тѣ же затрудненія, какія въ свое время переживалъ авторъ комментарія, чувствуетъ комментарій В. Л. Исаченка гораздо болѣе себѣ родственнымъ, чѣмъ комментарій К. Н. Анненкова. Ничто такъ не пріятно

Digitized by Google

обремененному работой практику, какъ находить готовое рѣшеніе казуса, и его онъ сразу находитъ у В. Л. Исаченка, въ то время какъ у Анненкова его приходится еще выводить на основаніи общихъ положеній, выставляемыхъ авторомъ комментарія. Ничто такъ не затрудняетъ начинающаго, какъ вопросы канцелярской техники, а болѣе опытнаго совѣтчика, какъ В. Л. Исаченко, трудно сыскать. А если прибавить къ этому легкій слогъ В. Л. Исаченка и крайне тяжелый К. Н. Анненкова, то успѣхъ В. Л. Исаченка для практика дѣлается еще болѣе понятнымъ. Но всѣхъ этихъ качествъ еще недостаточно, чтобы придать комментарію то значеніе, какимъ онъ заслуженно сейчасъ пользуется и въ научныхъ кругахъ. Лѣтопись личной судебной практики становится научно значительной при двухъ условіяхъ, когда сама эта практика по своему объему и качеству значительна и когда творящій ее представляетъ изъ себя самъ значительную личность. Какъ разъ оба эти условія мы имѣемъ здѣсь налицо. Судейская дѣятельность В. Л. Исаченка протекала въ Западномъ краѣ, какъ извѣстно славящемся гораздо болѣе интенсивнымъ развитіемъ экономической и, въ частности, торговой жизни, чѣмъ собственно русскія губерніи, въ краѣ, славящемся съ издавнихъ временъ любовью судиться и даже сутяжничествомъ. Именно въ такой мѣстности становится наглядпымъ практическое значеніе каждой самой мелкой процессуальной нормы, возможности, пользуясь ею, досадить самому правому противнику и обращать въ свою пользу нормы матеріальнаго права, цѣликомъ стоящія за противника. А если къ этому прибавить, что самъ В. Л. Исаченко является сильной личностью, которая вовсе не хочетъ плыть по теченію, а стремится сама имъ править, то лѣтопись его судейскихъ переживаній становится чрезвычайно важной. Какъ мы уже видѣли, исповѣдуя полное подчиненіе закону, В. Л. Исаченко въ то же самое время не хочетъ мириться съ тѣмъ, чтобы законъ этотъ обращался во зло, расходился, по его мнѣнію, съ народнымъ правовоззрѣніемъ, вѣрнѣе съ интуитивнымъ правомъ самого судьи. И съ этой точки зрѣнія комментарій В. Л. Исаченко пріобрѣтаетъ громадное значеніе. Давая свои отвѣты на казусы, авторъ не стремится разыскивать въ литературѣ, кто и какъ толкуетъ въ этомъ случаѣ законъ или восполняетъ его пробѣлы. Чувствуется, что у него прежде всего создается свое рѣшеніе, и чужія рѣшенія приводятся рѣдко, развѣ для того, чтобы предостеречь читателя отъ пользованія ими, когда они расходятся съ рѣшеніями автора. Изрѣдка используются Судебные уставы изданія Государственной Канцеляріи обыкновенно въ подкрѣпленіе соображеній автора о цѣли закона, всегда и неуклонно приводится, можно сказать, исчерпывающе

Digitized by Google

практика сената, и весьма любопытно, что и въ ней автора гораздо болѣе занимаетъ конечный выводъ, а не обоснованіе его. Вообще можно сказать, что въ комментаріи В. Л. Исаченко рѣшенія лучше и интереснѣе мотивовъ, примѣры — опредѣленій. Исканіе справедливаго особенно сильно въ нашемъ авторѣ, никакой авторитетъ, даже сенатъ не представляетъ для него ничего, разъ этимъ авторитетомъ покрывается рѣшеніе, претящее справедливости, народному воззрѣнію. Въ этихъ случаяхъ его обычный спокойный тонъ судьи, видѣвшаго многое и отвыкшаго удивляться, круто измѣняется, и онъ горячо возстаетъ не только противъ сторонъ сутяжниковъ или такихъ же адвокатовъ, но и противъ сената. «Читая эти соображенія, — говоритъ онъ объ одномъ изъ рѣшеній сената, — въ то время, когда они появились впервые, не хотѣлось вѣрить, чтобы они могли притти въ голову людямъ, сколько-нибудь знакомымъ съ условіями жизни русскаго народа»... Не единственный примѣръ совершеннаго искаженія дѣйствующихъ законовъ» (Пр. Комм. II, 2 изд., 223, 224) «юридическій абсурдъ» (II, 302). Если бы произвести опросъ нашихъ ученыхъ и спросить ихъ, чей комментарій выше — Анненкова или Исаченка, то, вѣроятно, почти всѣ, не обинуясь, признаютъ комментарій Анненкова болѣе совершеннымъ съ догматической точки зрѣнія, и въ то же самое время надо признать, что научное значеніе комментарія В. Л. Исаченка гораздо болѣе долговѣчно, чѣмъ комментарія К. Н. Анненкова. Догматическія работы обречены на быструю гибель, съ измѣненіемъ текста законовъ, который онѣ комментировали; уже сейчасъ не подновляемый комментарій К. Н. Анненкова сталъ устарѣлымъ. Настанетъ время, когда и комментарій В. Л. Исаченка постигнетъ та же участь, какъ бы искренно мы ни желали, чтобы его автору суждено было еще многіе годы держать его на уровнѣ новыхъ законовъ и практики. Но и тогда этотъ комментарій окажется драгоцѣннымъ для историка права. Комментарій Анненкова перейдетъ только въ исторію науки права; по нему будущій историкъ будетъ опредѣлять высоту догматической разработки права, а комментарій Исаченка станетъ самъ однимъ изъ источниковъ исторіи права, а не только его науки; онъ есть истинная лѣтопись судейской практики, и по нему будущій историкъ будетъ изучать живое процессуальное право современной намъ эпохи, то право, которое дѣйствительно примѣнялось, которое служило причиной дальнѣйшихъ измѣненій въ правѣ, то право, которое было факторомъ общественной жизни, а не которое было только предписано. На это громадное значеніе комментаріевъ В. Л. Исаченка мнѣ уже приходилось указывать («Вѣстникъ Гражданскаго Права» 1913 г.

Digitized by Google

№ 7, стр. 144). Свой богатый судебный опытъ В. Л. Исаченко использовалъ и на пользу только начинающихъ судебныхъ практиковъ. Въ концѣ этого періода своей жизни онъ составляетъ Русское гражданское судопроизводство, практическое руководство для студентовъ и начинающихъ юристовъ. Первый томъ его посвященъ исковому судопроизводству, первый выпускъ второго — судопроизводству охранительному и второй — конкурсному. Учебникъ этотъ, какъ и слѣдовало ожидать, обладаетъ тѣми же достоинствами и тѣми же недостатками, что и обширный комментарій. Превосходную характеристику и совершенно вѣрную оцѣнку ему далъ при появленіи еще перваго его выпуска А. Э. Вормсъ («Журналъ Министерства Юстиціи» 1901 г. № 6). Указывая на слабость системы, опредѣленій, на то, что учебникъ «всецѣло отражаетъ нашу практику со свойственными ей недостатками, которые, какъ у автора, коренятся прежде всего въ полномъ пренебреженіи къ теоріи», онъ указываетъ затѣмъ, что главная цѣнность учебника заключается въ томъ, что онъ является практическимъ пособіемъ и, гдѣ болѣе приходится практикѣ восполнять законъ, тамъ и пособіе становится особенно цѣннымъ, при чемъ подчасъ невразумительное само по себѣ теоретическое разсужденіе вполнѣ уясняется хорошимъ примѣромъ. Особенную цѣнность критикъ приписываетъ изложенію исполнительнаго процесса. Всѣ эти замѣчанія Вормса совершенно справедливы, и ихъ проницательность всего лучше подтверждается тѣмъ, что какъ разъ томы комментарія, занимающіеся исполнительнымъ процессомъ, имѣли и фактически наибольшій успѣхъ, дойдя до четырехъ изданій, въ то время какъ даже болѣе рано изданные томы выходили двумя изданіями. Хотя авторъ, какъ видно изъ приведеннаго нами заглавія, назначалъ свой учебникъ и для студентовъ, но уже изъ сказаннаго видно, что для теоретическаго изученія, гдѣ придается такое большое значеніе опредѣленіямъ, учебникъ мало пригоденъ. Зато онъ неоцѣнимъ для начинающаго судебную практику. Здѣсь начинающій найдетъ не только углубленіе своихъ университетскихъ знаній, почувствуетъ связь отвлеченныхъ формулъ съ жизнью, разбирая богатые жизненные примѣры и задачи автора, не выдуманныя, а дѣйствительно имѣвшія мѣсто, и здѣсь же онъ найдетъ разрѣшеніе тѣхъ техническихъ затрудненій, которыя заставляютъ окончившаго университетъ юриста смотрѣть съ уваженіемъ на опытнаго канцелярскаго служителя. И какъ завести дѣло и какъ списать резолюцію въ настольный реестръ, на все это даетъ заботливыя указанія опытный судья, давая въ то же время начинающему адвокату подробныя указанія, какъ и что онъ долженъ выспросить у пришедшаго къ

Digitized by Google

нему кліента, чтобы потомъ не быть захваченнымъ врасплохъ при самомъ производствѣ дѣла. И если учебникъ В. Л. Исаченка не привился ни въ одномъ университетѣ, то среди практиковъ успѣхъ онъ имѣлъ, что наглядно доказываютъ уже три его изданія, а университетскимъ преподавателямъ изъ того же учебника приходится черпать свои свѣдѣнія о томъ, какъ наша практика разрѣшаетъ разныя сомнѣнія, особенно въ охранительномъ и конкурсномъ производствахъ. Появленіе этого учебника доставило нѣкоторое огорченіе его автору. Учебникъ былъ встрѣченъ крайне рѣзкой рецензіей I—на («Право» 1901 г., стран. 803—806). Огорчить должна была его не общая отрицательность рецензіи, не указаніе на ненаучность опредѣленій, недостатки слога и т. д., а обвиненіе автора, какъ судьи въ дурномъ отношеніи къ адвокатурѣ: «одно слово— адвокатъ приводитъ его въ негодующій пафосъ». Дѣйствительно, не въ одномъ мѣстѣ своего руководства В. Л. Исаченко горячо выступаетъ противъ тѣхъ или другихъ пріемовъ адвокатуры, но какъ это далеко отъ отрицанія адвокатуры вообще. Всякаго вдумчиваго и хорошаго судью должны раздражать всякаго рода какъ злоупотребленія, такъ и небрежности въ отправленіи своихъ обязанностей всѣми лицами, принимающими участіе въ судѣ, и нигдѣ эти, можетъ быть, морализующія наставленія не такъ на мѣстѣ, какъ въ руководствѣ, предназначенномъ для начинающихъ. И если В. Л. Исаченко возвышаетъ свой предостерегающій голосъ противъ небрежнаго адвоката, то въ той же книгѣ онъ можетъ быть еще болѣе рѣзко выступаетъ противъ прокуратуры, которая такъ небрежно, за очень рѣдкими исключеніями, относилась къ дачѣ заключеній по гражданскимъ дѣламъ, теперь уже отмѣненной закономъ. Не разъ горячо выступаетъ и противъ недостатковъ судей (I, 194). Скоро Петрограду пришлось на дѣлѣ убѣдиться, что подозрѣніе, высказанное I—номъ, ни на чемъ не основано. В. Л. Исаченко въ этомъ 1901 г. назначается товарищемъ оберъ-прокурора гражданскаго кассаціоннаго департамента сената, и его дѣятельность тамъ снискиваетъ себѣ громадное уваженіе какъ разъ среди адвокатуры, такъ наглядно сказавшееся въ статьѣ столь блестящаго ея представителя и столь любовно къ ней относящагося, какъ М. М. Винаверъ.

III.

Съ переходомъ на службу въ сенатъ (въ 1901 г. товарищемъ оберъ-прокурора, съ 1905 г. украшеннымъ званіемъ члена консультаціи, а съ 17 января 1907 г. сенаторомъ) начинается третій,

Digitized by Google

нынѣ благополучно текущій періодъ «юридической дѣятельности» В. Л. Исаченка. Періодъ этотъ характеризуется попрежнему удивительной работоспособностью. И товарищи оберъ-прокурора и сенаторы гражданскаго кассаціоннаго департамента въ буквальномъ смыслѣ слова завалены работой, и эта громадная работа, исполняемая В. Л. Исаченкомъ, не только не остановила его литературной дѣятельности, какъ не остановили ее и годы, но скорѣе усилила. Онъ продолжаетъ свой комментарій къ Уставу гражданскаго судопроизводства. Это продолженіе выходитъ подъ особыми заголовками: «Основы гражданскаго процесса» 1904 г., гдѣ комментируются первыя 28 статей, «Особыя производства» 1913 г., гдѣ дается комментарій къ третьей книгѣ, и «Мировой судъ» 1913 г. — комментарій къ первой книгѣ. Все это не монографіи, какъ ихъ называетъ М. М. Винаверъ, а какъ бы новые томы его шеститомнаго Комментарія ко второй книгѣ и они составляютъ съ нимъ органическое цѣлое по характеру разработки. Онъ выпускаетъ съ переработкой новыя изданія Комментарія и своего учебника. Выпускаетъ затѣмъ тоже двумя изданіями два Свода кассаціонной практики, одинъ по матеріальному праву, другой — по процессуальному. Своды эти являются результатомъ постояннаго изученія В. Л. Исаченкомъ практики гражданскаго кассаціоннаго департамента, даны они въ формѣ тезисовъ, составленныхъ имъ самимъ, систематизированныхъ по отдѣльнымъ институтамъ матеріальнаго и процессуальнаго права, при чемъ сами эти институты размѣщены въ Сводахъ въ алфавитномъ порядкѣ. Наконецъ въ самое послѣднее время въ сотрудничествѣ съ своимъ сыномъ присяжнымъ повѣреннымъ В. В. Исаченкомъ онъ выпускаетъ «Обязательства по договорамъ», опытъ практическаго комментарія русскихъ гражданскихъ законовъ, комментарій на IV книгу первой части X тома Свода Законовъ. Въ двухъ вышедшихъ томахъ охвачены стт. 1528—2125. Останавливаться на всѣхъ этихъ работахъ по отдѣльности не представляется необходимымъ. Пришлось бы повторять все сказанное выше о комментаріи на вторую книгу, и всѣ они уже получили заслуженную лестную оцѣнку въ нашей литературѣ. Новостью сравнительно съ первымъ изданіемъ комментарія является своеобразное введеніе въ нихъ теоретическаго элемента. Въ новое изданіе комментарія ко второй книгѣ и во всѣ новые комментаріи В. Л. Исаченко вводитъ статьи, появившихся у насъ за это время законопроектовъ Муравьевской комиссіи для Устава гражданскаго судопроизводства и проекта Гражданскаго уложенія, здѣсь, впрочемъ, только одни опредѣленія въ «Обязательствахъ по договорамъ». Конечно, такое восполненіе не замѣ-

Digitized by Google

няетъ теоретическаго изученія, но оно приноситъ существенную пользу практикѣ, поскольку за это время тѣ или другія части законопроектовъ успѣли превратиться въ законы,— случай нерѣдкій по отношенію къ трудамъ Муравьевской комиссіи. Если такимъ образомъ теоретическіе недостатки являются и теперь самымъ слабымъ мѣстомъ и новыхъ комментаріевъ, если въ нихъ слабѣе толкованіе статей совершенно новыхъ, заимствованныхъ обыкновенно изъ западныхъ кодексовъ, то зато какъ много даютъ всѣ эти комментаріи, когда дѣло идетъ о передачѣ личной практики ихъ автора. Чтобы не быть вполнѣ голословнымъ, ссылаюсь на самый послѣдній изъ комментаріевъ, только что появившійся осенью 1914 г., II томъ «Обязательствъ по договорамъ». Это такая же живая лѣтопись личной практики автора (ср. стр. 20) въ обязательственномъ правѣ, какъ и его комментарій въ процессуальномъ. Безчисленные примѣры дѣйствительно бывшихъ въ жизни случаевъ и чрезвычайно интересное ихъ разрѣшеніе, хотя бы съ конструкціями автора можно было и не соглашаться. Въ этомъ главная сила комментарія. Какъ поучительны для всякаго юриста хотя бы, напримѣръ, стран. 344—345, излагающія сплошь на жизненнѣйшихъ примѣрахъ обязанности и права нанимателя.

Возвращается В. Л. Исаченко въ петроградскій періодъ своей дѣятельности и къ усиленному участію въ повременной юридической печати. Статьи его появляются въ изобиліи преимущественно въ «Правѣ», найдемъ мы ихъ и въ «Вѣстникѣ Права» и въ «Вѣстникѣ Гражданскаго Права», наиболѣе рѣдко въ «Журналѣ Министерства Юстиціи». Статьи эти за немногими исключеніями (напр. «Причины судебной волокиты». «Право» 1911 г., стран. 1253, 1289) по содержанію распадаются на три группы. Часть изъ нихъ представляетъ собой отрывки изъ только что указанныхъ новыхъ его комментаріевъ, — отрывки, въ которыхъ В. Л. выступаетъ съ оригинальными воззрѣніями, идущими въ разрѣзъ съ установившейся практикой, напр. «Моментъ возникновенія права на искъ къ казнѣ по договору подряда» («Право» 1911 г., стран. 225). Статья замѣчательная тѣмъ, что въ ея духѣ на-дняхъ по докладу сенатора Мателя общимъ собраніемъ перваго и кассаціонныхъ департаментовъ пересмотрѣно и отмѣнено толкованіе понятія «окончательный расчетъ» ст. 1303 п. I Устава гражданскаго суд. въ смыслѣ окончательнаго заключенія ст. 4 пол. о взыск. по дѣл. безспор. казны. Сюда принадлежатъ также «Казенныя управленія по смыслу 1284 ст.» («Право» 1908 г. 1551), «Къ толкованію закона о правѣ застройки» («Вѣстникъ Права» 1914 г., №№ 25, 26). Другая часть статей — отзвукъ текущей личной судебной практики автора, защита или

Digitized by Google

критика текущей сенатской практики, напр. «Завѣщательныя распоряженія условныя» («Право» 1911, стран. 8), «Договоръ посредничества» («Право» 1913 г., стран. 515), «Право залогодержателя на удержаніе имѣнія въ суммѣ залога» («Право» 1912 г., стран. 651), «Искъ по векселю украденному» (тамъ же, стран. 1315), «Объ уплатѣ третьимъ лицомъ долга по заемному обязательству» («Журналъ Министерства Юстиціи» 1910 г. кн. 7, стран. 128), «Обезпеченіе исковъ о правѣ неимущественномъ» («Вѣстникъ Права» 1904 г. кн. 5). Наконецъ третью группу составитъ большое число статей, въ которыхъ В. Л. Исаченко выступаетъ съ критикой текущихъ законопроектовъ. Это наиболѣе обширныя статьи, главная сила ихъ въ критикѣ технической стороны законопроектовъ, ихъ редакціи, удобства примѣненія ихъ судомъ. Мало можно найти у насъ толкователей, равныхъ по опытности В. Л. Исаченку, поэтому эта сторона его критики представляется особенно цѣнной, и нельзя не пожалѣть, что она мало принималась во вниманіе при прохожденіи законопроектовъ по ихъ стадіямъ, хотя надо сказать, что все-таки критикѣ В. Л. Исаченка комиссіи нашихъ законодательныхъ учрежденій, вообще очень глухія къ голосу литературы, хотя и не часто, удѣляли нѣкоторое вниманіе. Изъ числа критическихъ статей этого рода надо отмѣтить «Послѣднія новеллы въ уставѣ гражданскаго судопроизводства» («Вѣстникъ Гражданскаго Права» 1913 г. № 1, стран. 24, и № 2, стран. 35), «Замѣчанія на проектъ правилъ о производствѣ гражданскихъ дѣлъ въ мировыхъ установленіяхъ» («Право» 1909 г., стран. 9, 78, — знакомство съ этой статьей видно въ докладѣ комиссіи Думы третьяго созыва, № 218 III, 12), «Законопроектъ о правахъ супруговъ, уклонившихся отъ сожительства» («Право» 1912 г., стран. 1).

Только предположительно мы можемъ судить о громадномъ значеніи практической работы В. Л. Исаченка, какъ судьи; точно установить его — дѣло будущаго историка нашего суда. Изъ дѣятельности сената до общаго свѣдѣнія доходятъ только департаментскія рѣшенія, да и то не всѣ. На-дняхъ, впрочемъ, вышелъ частный сборникъ Пеньковскаго и барона Штакельберга, сдѣлавшій эти апокрифы доступными глазу всѣхъ. Главная дѣятельность сената сосредоточивается въ отдѣленіяхъ сената, и учесть вліяніе на нее В. Л. Исаченка представляется невозможнымъ, хотя предположительно въ виду его большихъ знаній, работоспособности и авторитета оно должно быть велико. Такъ же предположительно мы можемъ считать, что это вліяніе должно быть благотворнымъ и направляться въ духѣ наивозможнаго освобожденія при толкованіи законовъ отъ приверженности къ буквѣ и формализму. За

Digitized by Google

это достаточно говоритъ чуть ли не каждая страница комментаріевъ В. Л. Исаченка. Нѣтъ возможности по опубликованнымъ департаментскимъ рѣшеніямъ учитывать и вліяніе В. Л. Исаченка на департаментскую дѣятельность сената, гдѣ сосредоточивается главнымъ образомъ правотворчество нашего высшаго суда. Объ этомъ могутъ знать въ полномъ объемѣ только участники частныхъ совѣщаній всего департамента, всѣмъ извѣстную тайну которыхъ недавно огласилъ въ печати М. М. Винаверъ («Вѣстникъ Гражданскаго Права» 1913 г. № 7, стран. 138). Даже по рѣшеніямъ, въ которыхъ докладчикомъ показано имя В. Л. Исаченка, нельзя дѣлать точныхъ выводовъ. Достаточно указать, что имъ, какъ докладчикомъ, подписаны рѣшенія 1907 г. №№ 108 и 109, въ которыхъ гражданскій кассаціонный департаментъ подчинился рѣшенію общаго собранія 1906 г., № 30, противъ котораго самъ В. Л. Исаченко рѣзко выступалъ въ печати. Какъ докладчикъ, В. Л. Исаченко выступаетъ наиболѣе часто по процессуальнымъ вопросамъ, далеко не уклоняясь и отъ вопросовъ матеріальнаго права, достаточно вспомнить вызвавшее литературный споръ рѣшеніе 1912 г., № 3, о спецификаціи, о легатахъ 1909 г. № 40, о значеніи обѣщанія 1912 г., № 105, о субституціи 1912 г., № 75. Особенное удовольствіе, конечно, должны были доставлять автору тѣ рѣшенія, въ которыхъ онъ могъ провести въ жизнь тѣ изъ своихъ воззрѣній, за которыя онъ упорно боролся въ качествѣ судьи низшихъ инстанцій, напр. о возможности доказыванія договора личнаго найма свидѣтельскими показаніями, 1912 г., № 26. Излишне прибавлять, что В. Л. Исаченко пользуется славой глубоко безпристрастнаго судьи, для котораго имѣются только категоріи истцовъ и отвѣтчиковъ, совершенно независимо отъ того, кѣмъ въ дѣйствительности являются по званію, роду или націи эти истцы и отвѣтчики (М. М. Винаверъ, 8).

Съ внѣшней стороны петроградскій періодъ дѣятельности В. Л. Исаченка долженъ быть отмѣченъ, какъ періодъ заслуженнаго признанія. Онъ достигаетъ высшаго для судьи судейскаго кресла въ кассаціонномъ судѣ и можетъ съ гордостью чувствовать, что званію сенатора онъ обязанъ исключительно своимъ заслугамъ. Литературныя его работы обратили на него вниманіе министра юстиціи Муравьева, когда тотъ стремился привлечь въ комиссію по пересмотру судебныхъ уставовъ литературныя имена — это послужило толчкомъ къ перемѣщенію его изъ провинціи въ столицу, а затѣмъ и въ сенатъ. Слѣдомъ участія въ этой комиссіи явилась одна изъ уже упомянутыхъ большихъ статей В. Л. Исаченка. «Наше охранительное судопроизводство». Ни въ одной изъ многочисленныхъ

Digitized by Google

работъ В. Л. Исаченка мы не найдемъ и слѣда исканія благоволенія начальства. Напротивъ, иныя мѣста изъ нихъ могли бы вызвать обратное чувство у тѣхъ, отъ кого фактически зависитъ раздаяніе милостыни въ судебномъ вѣдомствѣ. Мы уже приводили примѣры рѣзкой критики В. Л. Исаченкомъ сената, когда онъ былъ провинціальнымъ судьей, а вотъ его мнѣніе о законодательной дѣятельности послѣдняго времени министерства юстиціи: «Страннымъ и непонятнымъ представляется то, что въ настоящее время, когда юрисконсультская часть министерства юстиціи усиленно работаетъ надъ измѣненіемъ законоположеній дѣйствующаго Устава гражданскаго судопроизводства и видитъ нѣчто чрезвычайно важное для государства въ измѣненіи такихъ безобидныхъ правилъ, какъ правила о смѣшеніи исковъ, о сокращенномъ и общемъ порядкѣ судопроизводства, — о томъ, что жизнь настоятельно требуетъ пересмотра законовъ о способахъ обезпеченія исковъ путемъ воспрещенія отвѣтчику совершать такія дѣйствія, которыя могутъ влечь за собой непоправимыя послѣдствія, — на это не обращается вниманія» («Обязательства» т. II, стран. 348). Общее признаніе получаетъ и литературная дѣятельность В. Л. Исаченка — всѣ критики новыхъ работъ, указывая тѣ или иные ихъ недостатки, въ то же время стремятся подчеркнуть свое уваженіе къ научнымъ заслугамъ автора критикуемыхъ ими работъ къ его способностямъ («отпечатокъ высокой талантливости» профессоръ Т. М. Яблочковъ, «Юридическій Вѣстникъ» 1913 г. III, 273) и громаднымъ знаніямъ («поразительная освѣдомленность во всѣхъ мельчайшихъ деталяхъ процесса»; онъ же, тамъ же). Мы уже говорили о томъ единодушномъ поздравленіи, которое было принесено юридическимъ литературнымъ міромъ В. Л. Исаченку ко дню его семидесятипятилѣтія. Послѣднимъ по времени выраженіемъ этого признанія является возведеніе его въ почетные доктора гражданскаго права Казанскимъ университетомъ. Возведеніе это пріурочивалось ко дню празднованія столѣтія факультетовъ Казанскаго университета 5 ноября 1914 г. Казанскому университету до сихъ поръ не суждено было праздновать ни одного изъ своихъ юбилеевъ, его пятидесятилѣтіе совпало съ крымской войной, столѣтіе — съ японской и столѣтіе факультетовъ — съ нынѣ переживаемой. Когда предполагалось праздновать столѣтіе университета, тогда юридическій факультетъ по предложенію покойнаго Г. Ф. Шершеневича представлялъ къ возведенію въ почетные доктора гражданскаго права другого нашего знаменитаго комментатора К. Н. Анненкова. Изъ-за японской войны всѣ промоціи остановились на стадіи между факультетомъ и совѣтомъ, и К. Н. Анненкову столь

Digitized by Google

заслуженная имъ степень не была поднесена. Теперь, несмотря на отмѣну празднествъ, дѣло о промоціи В. Л. Исаченка доведено факультетомъ до конца, и, радуясь этому, намъ остается присоединить свой голосъ къ пожеланію дальнѣйшей долгой, столь же плодотворной дѣятельности В. Л. Исаченка на пользу науки и практики гражданскаго права и процесса въ Россіи.

А. В. Завадскій.

Digitized by Google

Юридическое Обозрѣніе.

20-е ноября 1864 г. — 20-е ноября 1914 г.

Редакція «Юридическаго Вѣстника» — органа научной юриспруденціи — не можетъ не отмѣтить какъ юбилейную дату 20-го ноября настоящаго года, съ которою совпалъ выпускъ изъ печати VII—VIII книги журнала, ибо 20-е ноября 1914 года знаменуетъ пятидесятилѣтіе обнародованія Судебныхъ Уставовъ Императора Александра II, — законодательнаго акта, положившаго начало преобразованію Россіи изъ государства полицейскаго въ правовое.

Трудно въ достаточной мѣрѣ оцѣнить услугу, оказанную дѣлу преобразованія нашего отечества на началахъ права, — дотолѣ чуждаго Россіи, — гуманности и гражданской свободы созданіемъ, законодательнымъ утвержденіемъ и обнародованіемъ Уставовъ. Это законоположеніе, великое само по себѣ, по возвышенности, благородству, научности и практичности его основъ, было первымъ государственнымъ актомъ политическаго раскрѣпощенія русскаго гражданина и признанія за нимъ правъ личности внѣ зависимости отъ принадлежности къ тому или другому сословію. Положеніе 19 февраля 1861 г. и Судебные Уставы 1864 г. — это тѣ краеугольные камни, на которыхъ покоится все позднѣйшее, въ направленіи правового порядка, государственное строительство наше, еще далеко не законченное, испытавшее не мало крушеній и ломки въ теченіе прошедшаго полстолѣтія, но уже не подлежащее уничтоженію.

Переворотъ и движеніе, произведенные въ законодательной сферѣ и въ государственной и общественной жизни тогдашней (1864 г.) Россіи основными положеніями Судебныхъ Уставовъ, даже текстомъ, редакціей ихъ, рѣзко отличавшейся отъ слога статей дореформенныхъ законовъ, — были громадны. Впервые съ законодательной высоты было провозглашено, что «власть судебная отдѣляется отъ исполнительной, административной и законодательной», что никто не можетъ быть наказанъ за преступленіе иначе, какъ по суду, что никто не можетъ быть лишенъ свободы безъ законнаго основанія и не въ порядкѣ,

Digitized by Google

указанномъ въ Уставѣ Уголовнаго Судопроизводства, при чемъ на представителей суда и прокуратуры возлагалась обязанность освобождать незаконно арестованныхъ. Поразительнымъ по новости для того времени и смѣлости мысли было закрѣплявшее и защищавшее правовое существованіе общества провозглашеніе Уставами полной независимости суда, несмѣняемости судей и устраненіе даже высшихъ правительственныхъ сферъ отъ какого-либо вліянія на приговоръ суда.

Лишь съ 20-го ноября 1864 г. началась общественная борьба за право, опиравшаяся вначалѣ исключительно на Судебные Уставы, вводившіе въ до того замкнутый, обособленный отъ общества «приказнымъ» элементомъ, сословностью и канцелярской тайной, правительственный, послушный начальственнымъ велѣніямъ, строй, участіе народнаго элемента въ лицѣ независимо и окончательно рѣшающихъ важнѣйшія уголовныя дѣла присяжныхъ засѣдателей, состоящихъ изъ представителей всѣхъ сословій населенія. И не только вначалѣ борьбы за право Судебные Уставы послужили обществу крѣпкимъ оружіемъ, но и въ дальнѣйшемъ, ибо именно этимъ кодексомъ были введены необходимыя при правовомъ строѣ положенія о гласности на судѣ, о равноправности всѣхъ предъ закономъ и судомъ, о правѣ прокурорскаго надзора участвовать въ рѣшеніи вопросовъ о преданіи суду должностныхъ лицъ за преступленія по должности. Уставами было создано автономное сословіе присяжной адвокатуры, независимой ни отъ администраціи, ни отъ суда и дано обществу, а не привилегированнымъ сословіямъ, право свободнаго выбора судей, наиболѣе нужныхъ и близкихъ населенію.

За протекшія пятьдесятъ лѣтъ Судебные Уставы, которые по ихъ историческому значенію мы готовы сравнить съ Habeas corpus — актомъ, были во многомъ измѣнены, иныя изъ основныхъ положеній кодекса даже искажены, многое изъ того, что именно служило къ укрѣпленію правового порядка, ослаблено и расшатано рядомъ изданныхъ не въ духѣ Уставовъ новеллъ, но мы твердо вѣримъ въ то, что въ настоящее время, благодаря введенному въ Россіи представительному строю и новымъ законодательнымъ учрежденіямъ, уже въ ближайшемъ будущемъ Судебные Уставы будутъ освобождены отъ всего наноснаго и чуждаго имъ, и они, пополненные новыми пріобрѣтеніями науки права и опыта, возродятся въ прежней ихъ духовной красотѣ и юридической силѣ.

Редакція.

Digitized by Google

Пятидесятилѣтіе судебной реформы.

Пятидесятилѣтіе со дня обнародованія Судебныхъ уставовъ, носящихъ незабвенное имя Царя-Освободителя, совпало съ полными тревоги и ожиданій днями небывало грандіозной войны.

Есть нѣкоторая черта сходства между переживаніями нашихъ дней и настроеніями «эпохи великихъ реформъ». Тогда, какъ и нынѣ, населеніе находилось въ полосѣ подъема по случаю освободительныхъ чаяній и борьбы за права. Тогда, какъ и нынѣ, требовалось и проявлялось величайшее напряженіе силъ и средствъ для выполненія неотложныхъ нуждъ и поставленныхъ задачъ.

Севастопольскій ударъ встряхнулъ Россію и обнаружилъ, что государственныя и общественныя нужды и потребности превышаютъ наличность средствъ для ихъ удовлетворенія. Изъ безвыходнаго положенія спасла тогда вѣра правящей власти въ духовную мощь русскаго народа и надежда на успѣхъ самыхъ смѣлыхъ реформъ, самыхъ гордыхъ рѣшеній. Искренность Царя-Законодателя все побѣдила. Она нашла откликъ въ народѣ, она оживила дремавшія силы передовыхъ людей, она выковала реформы, она пустила ихъ въ народный обиходъ. Искренность Александра II и его сотрудниковъ обусловила смѣлость не отклониться даже отъ такихъ законодательныхъ построеній, для воплощенія которыхъ, казалось, не хватитъ наличныхъ дѣятелей.

На страницахъ юридическаго органа представляется излишнимъ въ краткой замѣткѣ останавливаться на всемъ, что испытала судебная реформа и что она внесла собою въ государственный, общественный и личный укладъ русскаго народа, несмотря на всѣ неудачи, терніи и ломку, съ какими ей пришлось столкнуться. Это выяснить посильно лишь обширнымъ монографическимъ изслѣдованіямъ, которыя несомнѣнно не замедлятъ появиться. Историкъ судебной реформы 1864 г. будетъ имѣть полное основаніе и неоспоримыя доказательства для утвержденія, что Судебные уставы императора Александра II вполнѣ и всецѣло соотвѣтствовали условіямъ своего времени, не нуждались въ коренныхъ измѣненіяхъ въ будущемъ, могли удовлетворить государственнымъ, народнымъ

Digitized by Google

и частнымъ потребностямъ безукоризненно, и что не вина творцовъ судебной реформы, если она была, съ одной стороны, искажаема, съ другой — не доведена до конца и въ наши дни, когда все еще остаются обширныя пространства великой Россіи, гдѣ дѣйствуютъ ущербленные судебные порядки.

Едва ли не наиболѣе ущербленнымъ оказалось предначертаніе Законодателя: «возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить въ народѣ нашемъ то уваженіе къ закону, безъ коего невозможно общественное благосостояніе и которое должно быть постояннымъ руководителемъ дѣйствій всѣхъ и каждаго, отъ высшаго до низшаго» (Указъ Сенату 20 ноября 1864 г.).

«Каковы судьи — таковъ и судъ!» Эти слова принадлежатъ министру юстиціи Н. В. Муравьеву. Ему же принадлежитъ и авторитетная характеристика судейской дѣйствительности, сдѣланная болѣе двадцати лѣтъ назадъ въ Высочайше учрежденной Комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части: «Обстановка, обстоятельства, условія, среди которыхъ онъ (судебный персоналъ) дѣйствуетъ, съ каждымъ годомъ становятся все неблагопріятнѣе... Духъ, бодрость падаютъ, идеалы оскудѣваютъ, ремесленничество растетъ, интересъ къ знанію ослабѣваетъ, развитіе въ застоѣ, а тутъ же рядомъ надвигается имущественная нужда, почти нищета съ ея безысходнымъ гнетомъ» («Журн. Мин. Юст.» 1894, № 1, стран. 33).

Вотъ эту черту, — приниженіе и какъ бы загнанность судебнаго персонала, со времени министерства Муравьева, по общему признанію, только усилившіяся, и нельзя не отмѣтить въ юбилейной замѣткѣ. Раздаются голоса, что, и не будь войны, пятидесятая годовщина изданія Судебныхъ уставовъ не вызвала бы праздничнаго настроенія, какъ прошло буднично-незамѣтно и введеніе новаго мѣстнаго суда въ январѣ текущаго года въ нѣсколькихъ мѣстностяхъ Россіи, хотя изъ-за него было вѣдь столько споровъ, съ введеніемъ его было связано столько ожиданій...

Независимый и самостоятельный судъ, устроенный отдѣльно отъ исполнительной и административной власти, въ такой же мѣрѣ нуженъ для огражденія частныхъ и личныхъ интересовъ населенія, какъ и для укрѣпленія государственной власти. Это доказано всею исторіею государствъ, въ союзѣ съ которыми Россія ведетъ

Digitized by Google

теперь войну, и исторіей Германіи съ ея крылатыми словами: «есть еще судьи въ Берлинѣ».

Знаменитый германскій юристъ по этому поводу восклицалъ: «Даже простое внѣшнее отдѣленіе юстиціи отъ администраціи представляетъ весьма важный прогрессъ въ развитіи права. Юстиція покидаетъ, такъ сказать, прежнее свое помѣщеніе, и это простое перемѣщеніе влечетъ за собою то, что государственная власть, пожелавъ посягнуть на неприкосновенность юстиціи, должна для этого перейти улицу, тогда какъ прежде, пока юстиція помѣщалась подъ одною съ нею кровлей, дѣло обдѣлывалось незамѣтно, въ четырехъ стѣнахъ».

Равенство всѣхъ предъ закономъ и судомъ, — этотъ принципъ судебной реформы 1864 г. ошеломилъ въ свое время привычные къ царству произвола и самовластія слои населенія. Стали утверждать, что «судейская корпорація» — это государство въ государствѣ, что гласность судебная вноситъ анархію, что несмѣняемость судей подрываетъ престижъ власти, что «судъ улицы» препятствуетъ правильному функціонированію администраціи. Словомъ, какъ у ночныхъ птицъ приближеніе утренняго разсвѣта вызываетъ тревогу, такъ и въ извѣстныхъ кругахъ всполошились противъ новаго суда съ первыхъ дней его дѣятельности. Правительство не рѣшилось пресѣчь преступную агитацію противъ судебной власти и даже не привлекало газеты и ораторовъ за оскорбленіе суда. Напротивъ, сыпавшіяся на Судъ и его представителей нападки и обвиненія получили такую поддержку во вліятельныхъ сферахъ, что для провѣрки ихъ произведены были обширныя ревизіи, которыя окрылили было натискъ враговъ новаго суда.

Тѣмъ сильнѣе однако сказалась ярость ихъ, когда въ результатѣ своего ревизіоннаго объѣзда многихъ судовъ министръ юстиціи въ Москвѣ въ ноябрѣ 1884 г. произнесъ рѣчь и въ ней категорически выразилъ свое убѣжденіе, «расходящееся съ нерѣдко возникающими нападками и общими нареканіями на судебное вѣдомство», — убѣжденіе, что въ судебномъ вѣдомствѣ «господствуетъ общее глубокое сознаніе долга, общее единодушное стремленіе поддерживать власть во всѣхъ проявленіяхъ ея призванія и дѣятельности».

«Московскія Вѣдомости» горячо отстаивали тотъ взглядъ, что судебную самостоятельность надо устранить. Никакая ревизія судебныхъ дѣлъ, писалось въ органѣ катковщины, «не разубѣдитъ насъ въ томъ, чтобы генералъ-прокуроръ по самому разуму своей должности и по силѣ ея происхожденія у насъ, не былъ

Digitized by Google

обязанъ служить окомъ царевымъ въ дѣлѣ правосудія, чтобы на немъ не должна была лежать закономъ установленная отвѣтственность за судебныя рѣшенія, чтобы онъ не долженъ былъ слѣдить за ходомъ судебныхъ дѣлъ по существу и давать свои заключенія, а въ случаѣ несогласія съ высшею судебною инстанціею возводить дѣла, не апелляціоннымъ, конечно, но законодательнымъ порядкомъ, какъ было прежде, чрезъ государственный совѣтъ на рѣшеніе верховной власти».

Эта тирада проповѣдывала явно необходимость поворота назадъ къ старому порядку, о которомъ, однако, никто кажется не пролилъ слезъ сожалѣнія, не пролили даже «Московскія Вѣдомости». Эта атака въ то же время обнаружила и спутанность юридико-судебныхъ познаній нападавшихъ, ибо прежній порядокъ судебнаго процесса не ограничивалъ, правда, двумя (какъ введено по судебнымъ уставамъ 1864 года) инстанціями разсмотрѣніе судебныхъ дѣлъ по существу, однако и не возводилъ дѣло въ послѣднюю инстанцію (государственный совѣтъ) въ законодательномъ порядкѣ.

Министръ юстиціи подчеркнулъ въ отмѣченной рѣчи, что его выводы и убѣжденіе основаны не только на собственныхъ впечатлѣніяхъ и ревизіи, но вытекаютъ также «изъ отзывовъ начальниковъ и главныхъ начальниковъ посѣщенныхъ губерній». Этимъ какъ бы подчеркивалось введеніе аттестаціи судебнаго персонала со стороны губернаторовъ и генералъ-губернаторовъ, т.-е. умалялся, слѣдовательно, принципъ самостоятельности судебной власти.

И вотъ благодаря этой наклонной плоскости, оказалось, выражаясь словами того же Н. В. Муравьева, что какъ «общій уровень юстиціи, высоко приподнятый при реформѣ въ эпоху нѣкотораго ея идеализированія, такъ, въ частности, и положеніе личнаго состава нашей магистратуры, по прошествіи 30 лѣтъ нуждаются въ поднятіи на болѣе прочномъ и реальномъ основаніи»; ибо, «еще одинъ, другой десятокъ лѣтъ, еще нѣсколько шаговъ въ томъ же направленіи — и трудно предугадать, къ чему приведетъ это движеніе: во всякомъ случаѣ не вверхъ, а внизъ и въ сторону» («Журн. М. Юст.» 1894 г. № 1, стран. 34).

Со времени этой аттестаціи министра юстиціи въ жизни судебнаго вѣдомства не произошло ничего, что могло бы содѣйствовать приливу въ его среду болѣе даровитыхъ и самостоятельныхъ людей, какъ это было въ первые пореформенные годы. Напротивъ, дѣйствительность дала фактъ высылки прокурора (въ Калишѣ)

Digitized by Google

и предсѣдателя суда (въ Томскѣ) въ административномъ порядкѣ изъ мѣста ихъ службы и безъ преданія ихъ суду и безъ привлеченія къ отвѣтственности администраторовъ по поводу такой мѣры, обнаружила, какъ утверждалось съ каѳедры Государственной Думы, порядокъ понужденій высшей судебной іерархіи къ выходу въ отставку неугодныхъ ей чиновъ вѣдомства, ввела чинопочитаніе въ среду ихъ и т. д., какъ о томъ, въ своихъ интересныхъ воспоминаніяхъ, напечатанныхъ въ «Русской Мысли», подробно и наглядно отмѣтилъ извѣстный судебный дѣятель Громницкій, а также и многіе другіе.

Н. В. Муравьевъ поднятіе общаго уровня судебнаго состава проектировалъ: «нравственное — подъемъ профессіональнаго духа и служебныхъ нравовъ, умственное — подъемъ образованія, культуры и матеріальное — подъемъ житейскаго благосостоянія». Онъ любилъ щеголять въ своемъ вѣдомствѣ блестящими именами и дарованіями и желалъ удерживать ихъ[1]). Со временемъ составъ вѣдомства потускнѣлъ еще болѣе, какъ это было указано въ литературѣ недавно по поводу юбилея сенатора В. Л. Исаченко.

Нѣсколько лѣтъ тому назадъ увеличены были денежные оклады, но увеличены несоразмѣрно вздорожанію жизни съ 1864 г. и при томъ даже несоотвѣтственно окладамъ нѣкоторыхъ другихъ вѣдомствъ, и эта мѣра во всякомъ случаѣ не имѣла въ цѣляхъ привлеченія въ судебную среду болѣе даровитыхъ людей даже того значенія, какое въ былыя времена признавалось за извѣстной новеллой гр. Палена о введеніи института частныхъ повѣренныхъ для задержанія отлива наиболѣе популярныхъ чиновъ прокурорскаго надзора въ адвокатуру.

Что же касается предположенныхъ было заботъ о подъемѣ профессіональнаго духа и служебныхъ нравовъ, то эти заботы имѣли скорѣе обратное послѣдствіе. Постепенно усиливалось вліяніе начальственнаго выбора на пополненіе судейскаго персонала и соотвѣтственно умалялось и игнорировалось право судейскихъ коллегій избирать своихъ кандидатовъ; атрофировалось вообще значеніе общихъ собраній окружного суда и судебной палаты по мѣрѣ возвеличенія власти и престижа старшаго предсѣдателя судебныхъ палатъ; вывѣтривалось даже коллегіальное начало въ рѣшеніи дѣлъ, ибо количество ихъ въ засѣданіяхъ поднялось до такой цифры, когда обсуждать и провѣрять докладъ члена коллегіи сообща становится физически невозможнымъ. При такой

[1]) «Вѣстн. гражд. права». 1914, № 4, стран. 8.

Digitized by Google

обремененности дѣлами не могъ, разумѣется, привиться «умѣстный обычай по окончаніи каникулярнаго времени въ судебныхъ мѣстахъ представлять рефераты и произносить рѣчи по разнымъ отдѣламъ и вопросамъ юриспруденціи». Словомъ, «отцы» новаго суда взираютъ съ сожалѣніемъ на «дѣтей» и внуковъ ея.

Нельзя закрывать глаза на несомнѣнное явленіе, что въ моментъ 50-лѣтняго юбилея судебной реформы приходится еще болѣе громко, еще болѣе настоятельно, чѣмъ возглашалъ министръ юстиціи Муравьевъ въ 1894 г., домогаться «поднятія» судебнаго вѣдомства среди прочихъ органовъ государственной власти. И это не только потому, что авторитетъ судебной власти и довѣріе къ ней уронены въ наши дни еще болѣе, чѣмъ тогда, но и потому также, что въ конституціонномъ государствѣ потребность въ самостоятельномъ судѣ (какъ и въ государственномъ контролѣ) еще необходимѣе, а задача суда еще сложнѣе, чѣмъ въ абсолютной монархіи.

И если вѣрно, что «каковы судьи — таковъ судъ», ибо «въ рукахъ ихъ свобода, доброе имя гражданъ и рѣшеніе ихъ участи» («Журн. М. Юст.» 1894 г. № 1, стран. 34), то первѣе всего и неотложнѣе всего надо пожелать немедленнаго и дѣйствительнаго осуществленія завѣта Царя-Освободителя: «возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность».

В. С. Малченко.

Digitized by Google

О чемъ говорятъ цифры уголовной статистики.

Numeri loquuntur.

Тема о преступности, несомнѣнно, одна изъ наиболѣе жизненныхъ и болѣзненныхъ. Но есть что-то самодовольно-увѣренное нъ томъ, что большинство благомыслящихъ и порядочныхъ людей такъ часто и такъ усиленно занимаются вопросомъ о преступности. Когда кто-нибудь изъ нихъ сталкивается съ фактомъ преступленія, онъ почти не задумывается надъ нимъ. Паѳосъ негодованія у него всегда наготовѣ; прокурорскую роль онъ смѣняетъ легко на роль проповѣдника, говорящаго о «несчастненькихъ». Въ обоихъ случаяхъ и надменное самолюбованіе честности и унизительное снисхожденіе жалости — принципіальной стѣной отгораживаютъ себя отъ преступника. Каково же было бы великое изумленіе средняго человѣка, если бы притти и сказать ему, что, въ сущности, грани, той завѣтной грани между честными и нечестными, въ которую онъ свято вѣритъ, нѣтъ, что образъ преступленія бродитъ среди насъ постоянно, что въ немъ мы всегда и легко можемъ себя узнать! Знаетъ же новѣйшая психіатрія, что нѣтъ той принципіальной грани, которая бы рѣзко отдѣляла душевно больныхъ отъ душевно здоровыхъ. Какъ не только въ больницѣ слѣдуетъ искать безумія, такъ и не только въ тюрьмѣ слѣдуетъ искать преступленія. И вотъ одинъ изъ миѳовъ о рѣзкомъ распредѣленіи преступности и честности среди людей падаетъ теперь, падаетъ надъ ударами исконнаго насмѣшника жизни, Мефистофеля нашего науки — цифръ.

Цифры эти въ блескѣ своихъ безмолвныхъ рядовъ предстали передъ нами въ вышедшемъ недавно трудѣ нѣмецкаго юриста Finkelnburg'a, директора одиночной тюрьмы въ Моабитѣ[1]). Не увлекаясь рутиной своей официальной службы, онъ на примѣрѣ живыхъ людей — заключенныхъ шагъ за шагомъ возсоздавалъ картину современнаго принятаго въ цивилизованномъ государствѣ наказанія. И сложныя хотя по существу и незатѣйливыя комбинаціи надъ числами дали такіе выводы и результаты, которые съ совер-

[1]) Die Bestraften in Deutschland. Nebst einem Kriminalstatistischen Atlas. Berlin, 1912.

Digitized by Google

шенно неожиданной стороны освѣтили вопросы, уже давно рѣшенные прогрессивною уголовно-правовою мыслью.

Finkelnburg поставилъ себѣ одну лишь задачу: установить каковы размѣры уголовнаго населенія, которое находится въ настоящее время въ Германіи. Задача эта еще никогда не ставилась уголовно-статистическимъ изслѣдованіемъ. Издающіеся въ Германіи статистическимъ вѣдомствомъ ежегодно съ 1882 года тома даютъ лишь сумму лицъ, осужденныхъ за опредѣленный минувшій годъ, но совершенно не даютъ представленія о томъ «черномъ морѣ», которое создалось изъ осужденныхъ за всѣ послѣднія двадцать девять лѣтъ (считая конечнымъ моментомъ 1910 годъ). Между тѣмъ, въ томъ подавляющемъ океанѣ цифръ, которыя накопились за всѣ эти годы, угрожающе вырисовываются контуры арміи преступниковъ, продолжающихъ жить и дѣйствовать въ обществѣ: нечего и говорить, такимъ образомъ, о важности той задачи, которую поставилъ себѣ авторъ.

Германская уголовная статистика во всѣхъ вышедшихъ до сихъ поръ 29 томахъ дѣлала строгое разграниченіе между преступниками, судившимися въ первый разъ, и рецидивистами, судившимися много разъ. Такимъ образомъ, основной является слѣдующая операція: если сложить числа впервые осужденныхъ за каждый годъ изъ 29 лѣтъ, то получившійся результатъ укажетъ, сколько различныхъ индивидуумовъ всего было наказано за періодъ лѣтъ съ 1882 года до 1910 года. Важно подчеркнуть именно, что въ этой суммѣ заключаются всѣ различные индивидуумы, ибо человѣкъ, осужденный два или болѣе разъ, не попалъ бы въ рубрику впервые осужденныхъ.

Искомый нами числовой результатъ равняется — 7,541,284 человѣкамъ, изъ которыхъ 5,961,459 мужчинъ и 1,579,825 женщинъ. Исходя изъ этого цифрового фундамента, можно уже и поставить вопросъ: сколько человѣкъ изъ этой грандіозной суммы преступниковъ находится въ Германіи къ концу 1910 года. («Конецъ 1910 года» мы формулируемъ яснѣе, — 1 декабря 1910 года, когда происходила перепись всего населенія Германіи.) Чтобы получить отвѣтъ на поставленный вопросъ, очевидно, слѣдуетъ вычислить только: 1) количество смертей среди указанныхъ $7^1/_2$ милліоновъ человѣкъ и 2) количество людей, покинувшихъ Германію за это время. Эти два искомыхъ количества придется лишь вычесть изъ нашей суммы и мы добьемся нужнаго результата.

Какъ опредѣлить число умершихъ преступниковъ? Статистическія таблицы отмѣчали не только количества наказываемыхъ, но и индивидуализировали ихъ по полу и возрасту. Съ другой

Digitized by Google

стороны, въ Германіи издаются имперскимъ статистическимъ вѣдомствомъ таблицы смертности, изъ которыхъ мы можемъ установить для каждой возрастной группы вѣроятную продолжительность ея жизни. Мы не имѣемъ возможности привести таблицы всѣ цѣликомъ, укажемъ лишь самые интересные моменты ихъ.

Мужчины:		Женщины:	
12 лѣтъ	47,94 лѣтъ	12 лѣтъ	50,02 лѣтъ
18 »	41,06 »	18 »	44,99 »
25 »	35,83 »	25 »	39,43 »
30 »	32,11 »	30 »	35,62 »
40 »	25,03 »	40 »	28,14 »
50 »	18,41 »	50 »	20,58 »
60 »	12,43 »	60 »	13,60 »
70 »	7,51 »	70 »	8,10 »

(Цифры съ лѣвой стороны означаютъ возрастъ человѣка, цифры съ правой указываютъ, сколько лѣтъ въ среднемъ предстоитъ еще прожить человѣку этого возраста.)

Такъ какъ уголовно-статистическія таблицы указываютъ точно полъ и возрастъ наказанныхъ преступниковъ, то нѣтъ никакой трудности установить при помощи только что приведенной нами таблицы выживанія количество оставшихся въ живыхъ къ 1 декабря 1910 года преступниковъ. Не производя здѣсь никакихъ разсчетовъ, мы приведемъ лишь конечный результатъ ихъ. Къ 1 декабря 1910 года выжило всего изъ $7^1/_2$ милліоновъ преступниковъ — 6,256,695 человѣкъ, изъ которыхъ 4,956,502 мужчинъ и 1,300,193 женщинъ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что полученная цифра покажется слишкомъ ужасающею читателю, и потому авторъ съ самаго начала заявляетъ, что онъ охотно пойдетъ навстрѣчу всякому уменьшенію размѣровъ чиселъ, т.-е. увеличенію количества вычитаемой цифры. Прежде всего поэтому слѣдуетъ разобрать интересный вопросъ о томъ, можетъ ли таблица смертности и выживанія, вырабатываемая на основаніи данныхъ средняго имперскаго населенія, быть показательной для преступнаго населенія, другими словами, не выше ли смертность преступниковъ обычной смертности. — Несомнѣнно, смертность выше обычной царитъ среди преступниковъ, но именно и главнымъ образомъ среди профессіональныхъ преступниковъ, которые обычно составляютъ самую незначительную часть всей преступной арміи страны. Напримѣръ, въ Германіи въ 1909 году на 544,183 осужденныхъ приходилось всего 121,879 че-

Digitized by Google

ловѣкъ, осужденныхъ три и больше разъ; но анализъ преступныхъ дѣяній, вмѣнявшихся въ вину этимъ людямъ, по большей части мелкихъ, случайныхъ, растянутыхъ на многіе годы правонарушеній (напр. мелкія кражи въ періоды безработицы и зимнихъ мѣсяцевъ), совершенно ясно указываетъ, что мы и здѣсь имѣемъ дѣло въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ далеко не съ профессіональными преступниками. Такимъ образомъ, мы можемъ смѣло заключить, что профессіональныхъ преступниковъ съ повышенной смертностью имѣется мало, и потому использованныя выше цифры должны были бы остаться въ силѣ. Однако авторъ готовъ допустить, что всѣ преступники, даже и не профессіональные, вслѣдствіе тяжести своего соціальнаго положенія меньше живутъ, чѣмъ средній человѣкъ. Онъ даже доходитъ до того, что для всѣхъ преступниковъ принимаетъ вдвое бо́льшую смертность, чѣмъ для среднихъ людей, т.-е. если раньше онъ на $7^1/_2$ милліоновъ преступниковъ смертность опредѣлилъ цифрой въ 1,284,589 человѣкъ, то теперь онъ ее опредѣляетъ въ 2,569,178 человѣкъ. Такимъ образомъ, по вычитаніи этой цифры изъ общаго числа преступниковъ, мы получимъ первую разность въ 4,972,106 человѣкъ, изъ которыхъ мужчинъ 3,951,545, а женщинъ — 1,020,561. Таково, слѣдовательно, количество выжившихъ къ 1 декабря 1910 года преступниковъ.

Вторую задачу составляетъ установленіе того, сколько преступниковъ предположительно покинуло Германію до конца 1910 года и тѣмъ самымъ уменьшило преступное населеніе. Конечно, и въ этомъ вопросѣ такъ же не можетъ быть точныхъ данныхъ, какъ и въ вопросѣ о смертности: работа все время, какъ видитъ читатель, движется въ рамкахъ исчисленія вѣроятностей. По разсчету статистическаго вѣдомства къ 1900 году внѣ Германіи числилось всего 3,480,000 германскихъ подданныхъ. Къ 1910 году число это, вѣроятно, равнялось уже 5 милліонамъ. Правда, эти 5 милліоновъ человѣкъ представляютъ собою лишь живой составъ эмиграціи, ибо изъ нихъ не видно количества умершихъ эмигрантовъ, но зато, съ другой стороны, умершіе эмигранты насъ нисколько не должны интересовать, ибо вѣдь вопросъ о смертности нами уже разрѣшенъ выше: подсчетъ смертности и вычитаніе ея изъ общаго числа преступниковъ обнимали одинаково и оставшихся въ Германіи и покинувшихъ ее.

Какое же значеніе имѣютъ для нашей задачи эти 5 милліоновъ? Во-первыхъ, изъ нихъ слѣдуетъ вычесть всѣхъ тѣхъ, которые родились внѣ Германіи въ періодъ времени отъ 1882 до 1910 года. Во-вторыхъ, тѣхъ, которые покинули Германію до 1882 года, когда начался нашъ подсчетъ. Съ другой стороны, къ этой цифрѣ

Digitized by Google

въ 5 милліоновъ слѣдовало бы прибавить тѣхъ многочисленныхъ эмигрантовъ, которые за изслѣдуемый нами періодъ времени натурализовались въ странахъ иммиграціи, и потому, естественно, не попали въ число этихъ 5 милліоновъ. Такъ какъ у насъ нѣтъ никакихъ данныхъ для опредѣленія размѣровъ указанныхъ выше двухъ вычетовъ и необходимаго добавленія, то авторъ предлагаетъ считать обѣ величины равными и потому оставляющими цифру въ 5 милліоновъ въ прежней силѣ. Переходя, далѣе, къ приблизительному опредѣленію числа преступниковъ въ этой пятимилліонной массѣ, авторъ дѣлаетъ слѣдующее смѣлое предположеніе: онъ считаетъ каждаго шестого совершеннолѣтняго мужчину и каждую двадцатую совершеннолѣтнюю женщину — преступникомъ. Количество совершеннолѣтнихъ эмигрантовъ нетрудно установить, если число дѣтей среди эмигрантовъ принять равнымъ 15%. Если изъ 5,000,000 человѣкъ мы вычтемъ количество дѣтей, равное 750,000, то полученная разность въ 4,250,000 будетъ представлять собою число совершеннолѣтнихъ эмигрантовъ, изъ которыхъ мужчинъ будетъ 53%, т.-е. 2,253,000, а женщинъ — 47%, то-есть 1,997,000 (въ круглыхъ числахъ) [1]). Теперь намъ остается лишь раздѣлить полученныя цифры на 6 для мужчинъ и 20 для женщинъ, чтобы узнать количество преступниковъ среди тѣхъ и другихъ. Дѣля 2,253,000 на 6 получаемъ 380,000 наказанныхъ мужчинъ; дѣля 1,997,000 на 20 получаемъ 100,000 наказанныхъ женщинъ (въ круглыхъ числахъ). Итакъ, среди эмигрантовъ всего находится 480,000 преступниковъ. Вычитая это число изъ полученной нами выше первой разности, получаемъ вторую разность въ 4,492,106 человѣкъ, изъ которыхъ 3,571,545 мужчинъ и 920,561 женщина.

Этими данными однако проблема, поставленная изслѣдованіемъ, еще не разрѣшена. Не разрѣшена потому, что намъ приходится считаться съ обстоятельствами, правда, не принципіальнаго, но тѣмъ не менѣе очень важнаго значенія. Дѣло въ томъ, что изслѣдованіе это все время базировалось на данныхъ имперской статистики, касающихся числа впервые осужденныхъ лицъ. Между тѣмъ у насъ далеко нѣтъ полной увѣренности въ правильности именно этихъ данныхъ. Для уразумѣнія этого новаго препятствія нужно указать, что статистическія таблицы составляются лишь на основаніи тѣхъ присылаемыхъ въ имперское статистическое вѣдомство отдѣльныхъ листковъ, которые заполняются судомъ для каждаго осуждаемаго лица. Среди 10 пунктовъ этого листка насъ интересуетъ сейчасъ

[1]) % мужчинъ и женщинъ взятъ изъ наблюденій надъ эмигрантами.

Digitized by Google

пунктъ 10-й, который предусматриваетъ прошлую судимость преступника и на основаніи котораго лишь и составляются данныя о количествѣ судящихся впервые и рецидивистовъ. Однако нѣтъ никакой увѣренности въ томъ, что этотъ пунктъ получаетъ свое надлежащее удовлетвореніе, и это по двумъ причинамъ. Во-первыхъ, потому что свѣдѣнія о прошлой судимости преступника судъ получаетъ лишь изъ справки центральнаго вѣдомства, которое регистрируетъ наказанія; такая справка однако требуется лишь судами высшихъ инстанцій; между тѣмъ пять шестыхъ всей массы преступниковъ проходитъ передъ судами низшихъ инстанцій. Нѣтъ сомнѣнія, такимъ образомъ, что при мелкихъ преступленіяхъ прошлая судимость не будетъ установлена должнымъ образомъ, ибо полицейскія свѣдѣнія и собственныя показанія подсудимаго не могутъ здѣсь имѣть значенія. А это значитъ, слѣдовательно, что подъ видомъ впервые судимыхъ скрывается немало рецидивистовъ и что наши цифровыя данныя о нихъ не точны.

Второе препятствіе является результатомъ дѣятельности самого регистрирующаго вѣдомства. Дѣло въ томъ, что вѣдомство это регистрируетъ не всѣ преступленія, совершаемыя въ странѣ. По закону не должны быть регистрируемы всѣ тѣ дѣла объ оскорбленіяхъ и легкихъ нѣраненіяхъ, которыя возникаютъ въ порядкѣ частной жалобы. За періодъ времени отъ 1882 до 1910 года такихъ дѣлъ было всего $1^1/_2$ милліона, т.-е. $1^1/_2$ милліона людей впервые судилось по такимъ преступленіямъ. Изъ нихъ мы считаемъ ровно половину, т.-е. $^3/_4$ милліона дѣлъ возбужденными въ порядкѣ частной жалобы. Эти $^3/_4$ милліона дѣлъ не сообщены въ регистратуру имперіи. Не трудно представить себѣ результатъ этого явленія: если какое-либо лицо изъ этихъ $^3/_4$ милліона вновь осуждается, то оно на судѣ, а тѣмъ самымъ и на листкѣ и въ таблицахъ уголовной статистики фигурируетъ какъ лицо, впервые осуждаемое, ибо его прошлая судимость, будь она даже составлена изъ десятка осужденій (за оскорбленія и нѣраненія) въ частномъ порядкѣ, не зарегистрирована. Такимъ образомъ, создается огромный коэффиціентъ неточности, источникъ огромныхъ ошибокъ, который фальсифицируетъ и цифровую картину впервые судившихся лицъ и цифровыя таблицы рецидивистовъ.

Въ какихъ же размѣрахъ оцѣнить эти ошибки? Авторъ считаетъ ихъ въ размѣрѣ $10^0/_0$ оставшейся въ живыхъ массы преступниковъ, т.-е. опредѣляетъ ихъ числомъ 449,000. Вычитая это число изъ второй нашей разности, получаемъ въ результатѣ третью разность въ 4,042,895 человѣкъ, изъ которыхъ мужчинъ — 3,214,390, а женщинъ — 828,505.

Digitized by Google

Наконецъ, авторъ вычитаетъ еще и число осужденныхъ иностранцевъ — 173,129 человѣкъ, и въ послѣдней разности[1]) получаетъ окончательный результатъ, равный 3,869,000 (въ круглыхъ числахъ) человѣкъ, которые по полу и возрасту распредѣляются слѣдующимъ образомъ:

	Всего.	Мужчинъ.	Женщинъ.
Изъ нихъ	3,869,000	3,060,000	809,000
Взрослыхъ.	3,761,000	2,970,000	791,500
Несовершен. (отъ 12—18 лѣтъ)	108,000	90,000	18,000

Таковы данныя о числѣ преступныхъ лицъ въ Германіи къ 1 декабря 1910 года. Чтобы еще нагляднѣе изобразить смыслъ и значеніе этихъ данныхъ, авторъ вычисляетъ ихъ пропорціональное отношеніе какъ ко всему населенію Германіи въ этотъ день (день всенародной переписи), такъ и къ числу мужчинъ, женщинъ, взрослыхъ и несовершеннолѣтнихъ, которое выяснилось къ этому дню.

Перепись выяснила, что 1 декабря 1910 года населеніе Германіи равнялось 32,040,1966 мужчинамъ и 32,885,827 женщинамъ, то-есть всего 64,925,93 человѣкъ. Вычитая отсюда огромное количество малолѣтнихъ дѣтей (до 12 лѣтъ), не служащихъ объектомъ уголовнаго права (ихъ около 18 милліоновъ), и иностранцевъ, получаемъ слѣдующую таблицу вмѣняемаго и наказуемаго населенія Германіи:

Возрастъ.	Всего.	Мужчинъ.	Женщинъ.
Несовершен. (отъ 15—18 лѣтъ)	7,668,000	3,840,000	3,828,000
Взрослыхъ.	37,770,000	18,336,000	19,434,000
Итого . . .	45,438,000	22,176,000	23,262,000

Намъ остается лишь раздѣлить числа послѣдней таблицы на соотвѣтствующія числа вышеприведенной таблицы, и мы получимъ

[1]) Авторъ не упускаетъ изъ виду и цѣлаго ряда другихъ моментовъ: число осужденныхъ и впослѣдствіи оправданныхъ, число казненныхъ должны были бы быть тоже вычтены изъ общей суммы. Но авторъ этого не дѣлаетъ изъ-за небольшихъ размѣровъ всѣхъ этихъ количествъ.

При всемъ остроуміи и находчивости автора, нельзя не указать на важный пропускъ въ его изслѣдованіи: необходимо было бы изъ послѣдней разности вычесть еще и количество, несомнѣнно огромное, обезвреженныхъ преступниковъ, т.-е. къ 1 декабря 1910 г. лишенныхъ свободы и, слѣдовательно, изъятыхъ изъ общей массы населенія. Соціальная опасность накопившейся въ странѣ преступной воли, такимъ образомъ, сильно понижается.

Digitized by Google

послѣдніе наглядные результаты. Выражая эти результаты въ крупныхъ числахъ, ихъ можно сконцентрировать въ слѣдующей краткой, но выразительной табличкѣ:

Въ Германіи осуждено за преступленія и проступки каждое 12-е лицо, а именно:

Каждая 213-я дѣвочка.
Каждый 43-й мальчикъ.
Каждая 25-я взрослая женщина.
Каждый 6-й взрослый мужчина.

Несомнѣнно, выводъ потрясающій! Подъ первымъ впечатлѣніемъ его хочется вспомнить, говоритъ авторъ, англійскую шутку о томъ, что существуютъ три вида лжи: обычная ложь, ложь по необходимости и статистика. Однако нѣтъ никакой возможности пошатнуть этотъ выводъ, ибо читатель не разъ имѣлъ случай убѣдиться въ осторожномъ ходѣ всего этого изслѣдованія. А между тѣмъ авторъ далеко не исчерпалъ всѣхъ данныхъ о количествѣ преступниковъ. Авторъ пропустилъ, во-первыхъ, въ своихъ разсчетахъ и такія несомнѣнно существующія количества, какъ количества лицъ впервые наказанныхъ за время до 1882 года, съ котораго началось изданіе статистическихъ данныхъ, и выжившихъ къ 1 декабря 1910 года: количество и такихъ лицъ надо измѣрять тоже не иначе, какъ сотнями тысячъ! А, во-вторыхъ, и это самое важное, изслѣдованіе показало не то, что каждый 6-й мужчина и каждая 25-я женщина подвергались наказанію лишь одинъ разъ, но только то, что они по крайней мѣрѣ одинъ разъ осуждались; другими словами, мы до сихъ поръ знакомились съ экстенсивностью германской преступности, и ничего не сказали еще объ интенсивности ея, т.-е. «о степени обремененія осужденныхъ прошлой судимостью, т.-е. о рецидивистахъ. О размѣрахъ ея, которые, къ сожалѣнію, трудно установить, даетъ представленіе разсмотрѣніе цифръ осужденій за одинъ лишь 1909 годъ въ Германіи: изъ 544,183 осужденныхъ лишь 294,446 человѣкъ были осуждены впервые.

Въ ужасающей картинѣ, здѣсь нарисованной, трудно найти какой-либо утѣшающій выходъ. Такимъ выходомъ не можетъ даже служить вполнѣ естественное указаніе на то, что всѣ эти милліоны людей подвергались, вѣдь, не одному только тюремному заключенію, но и денежнымъ штрафамъ. Правда, изъ всей суммы присужденныхъ наказаній денежныя наказанія составляютъ ровно половину, но зато, съ другой стороны, эти денежныя взысканія въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ при невозможности взысканія замѣняются не только простымъ арестомъ, но обычно

Digitized by Google

и тюремнымъ заключеніемъ со всѣми сопутствующими ему явленіями. Точныхъ свѣдѣній о количествѣ замѣняемыхъ денежныхъ наказаній не имѣется, но напр. о Вюртембергѣ извѣстно, что лишь 41% такихъ штрафовъ уплачивается. Такимъ образомъ, среди невѣроятной суммы наказаній въ Германіи тюрьма все же занимаетъ преобладающее мѣсто.

Наконецъ, послѣдній ударъ для какихъ-либо иллюзій въ этой области представляетъ слѣдующее указаніе: наши всѣ данныя построены на цифрахъ имперской статистики, между тѣмъ она не только не обнимаетъ всѣхъ совершаемыхъ въ странѣ правонарушеній, но обнимаетъ только лишь четверть или одну пятую всѣхъ ихъ. Въ орбиту ея изслѣдованія не входятъ всѣ легкія правонарушенія (Übertretungen), предусмотрѣнныя уголовнымъ кодексомъ, нарушенія лѣсныхъ, полевыхъ и таможенныхъ уставовъ, преступленія и проступки противъ законовъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, наконецъ, осужденія военныхъ судовъ. Между тѣмъ многія изъ этихъ правонарушеній представляютъ собою очень серьезныя съ точки зрѣнія уголовнаго права явленія, напр. поддѣлка паспортовъ, свидѣтельствъ, употребленіе оружія въ дракѣ, мучительство животныхъ, особенно бродяжничество, нищенство, проституція. Легко себѣ представить до какихъ размѣровъ бы выросло зданіе преступности, если бы и эти всѣ правонарушенія были включены въ общій подсчетъ! Ясно, во всякомъ случаѣ, что выводъ нашего автора о каждомъ 6-мъ мужчинѣ и каждой 25-й женщинѣ, какъ разъ осужденныхъ, не только не преувеличенъ, но даже еще значительно преуменьшенъ.

Изслѣдованіе кончено. Таковы цифры, глухія, безмолвныя цифры! Но ошеломляющая ясность ихъ выводовъ не должна обезкураживать криминалиста. Преклонившись передъ этимъ громче словъ говорящимъ языкомъ, онъ долженъ не замедлить претворить ихъ въ конкретныя уголовно-политическія задачи. Что явствуетъ изъ этого изслѣдованія?

Прежде всего, познаніе чисто-человѣческаго, житейскаго характера преступленія, которое легче всего было бы формулировать въ словахъ: de nostra re agitur. Когда въ обществѣ кругомъ насъ оказывается столько осужденныхъ, когда такой тонкой и невидной становится грань между осужденными и несудившимися; когда преступность выступаетъ въ видѣ той вѣчно-стерегущей насъ пропасти, миновать которую суждено, быть можетъ, самымъ избраннымъ изъ насъ — тогда нѣтъ больше мѣста той обычной, фарисейски-самодовольной оцѣнкѣ преступленія, къ которой мы привыкли съ малыхъ лѣтъ. «Тотъ простой фактъ, что кто-либо

Digitized by Google

гдѣ-нибудь и когда-нибудь былъ осужденъ, въ будущемъ не можетъ служить основой для положительнаго или отрицательнаго сужденія о человѣкѣ, какъ это поверхностно дѣлается въ обыденной жизни». Суровая и холодная юридическая мѣрка, примѣняемая къ проступкамъ людей, должна уступить мѣсто мягкой этической оцѣнкѣ, независящей отъ факта правового осужденія и проникнутой теплымъ дыханіемъ человѣчности.

Вторымъ результатомъ нашихъ цифръ является — говоритъ авторъ — свѣтъ, отбрасываемый ими на уголовную психологію и психіатрію. Теперь окончательно должно быть похоронено ученіе итальянской школы о томъ, что преступники составляютъ особый видъ человѣческаго рода, видъ ненормальнаго человѣка. Наоборотъ, данныя этого изслѣдованія заставляютъ признать, что неподчиненіе власти государства и законовъ представляетъ собою самое нормальное состояніе общества. Ибо не слѣдуетъ забывать одного кардинальнѣйшаго значенія момента: разобранная нами преступность составляетъ лишь часть полной и настоящей арміи преступности страны, въ которую входятъ преступленія и неоткрытыя и незаявленныя властямъ и ненаказанныя. На самомъ то дѣлѣ, слѣдовательно, настоящая картина преступности во много разъ и огромнѣе и опаснѣе. Преступленіе, такимъ образомъ, съ полнымъ правомъ можетъ быть названо самымъ нормальнымъ явленіемъ въ обществѣ. Величавыя слова Христа: кто безъ грѣха ....., такъ пророчески глубоко подчеркивавшія человѣческую преступность, получаютъ, съ горечью заявляетъ авторъ, совершенно новое научное, статистическое подтвержденіе.

Но самымъ важнымъ, практически — важнымъ результатомъ этого изслѣдованія является, конечно, урокъ для уголовной политики. Изслѣдованіе это показало до какихъ предѣловъ дошла современная борьба съ преступленіемъ. Общество пресыщено наказаніями и въ то же время нисколько не гарантировано отъ преступленій. Болѣе яркаго свидѣтельства банкротства всей современной карательной системы нельзя и выдумать. Становится до очевидности яснымъ, что борьба помощью однихъ юридическихъ мѣръ, однихъ уголовныхъ законовъ — безсильна, что центръ тяжести долженъ быть перенесенъ въ область соціальныхъ мѣропріятій, вырывающихъ почву изъ подъ ногъ наказанія. Должна быть подорвана наивная вѣра во всемогущество офиціальнаго правосудія, должно быть возстановлено довѣріе къ умѣнію общества самому разбираться въ возникающихъ въ его нѣдрахъ конфликтахъ. Иначе мы не перестанемъ быть свидѣтелями все разрастающагося, все расширяющагося океана человѣческой пре-

Digitized by Google

ступности, передъ которымъ смѣшными и дѣтскими окажутся всѣ мѣры и старанія криминалистовъ. Преступленіе, вмѣсто того чтобы быть, быть можетъ, однимъ изъ самыхъ величественныхъ и трагически важныхъ явленій человѣческой души, моментомъ самыхъ глубокихъ бореній ея въ стихіяхъ человѣческаго и божескаго, передъ которымъ почтительно останавливаются и религіи и потрясенная мысль античной трагедіи—уже теперь въ большинствѣ случаевъ, превращается въ голый фактъ, безъ души, безъ серьезныхъ причинъ въ обстановкѣ жизни, безъ глубокихъ корней въ сердцѣ преступника. Что же насъ ожидаетъ въ будущемъ? — Но и наказаніе должно сохранять характеръ того импонирующаго людямъ и самому преступнику, родственнаго высшей волѣ велѣнія, въ исполненіи котораго олицетворяются и справедливость и драгоцѣннѣйшіе интересы общества. Можетъ ли однако наказаніе быть такимъ, когда мечомъ правосудія размахиваютъ, какъ картоннымъ, когда, по выраженію Krohne, «мечъ Ѳемиды, предназначенный для борьбы съ преступленіемъ, употребляется для рубки дровъ»?

И еще: автоматически, какъ ножъ гильотины, опускающійся на любую голову, мечъ правосудія въ концѣ концовъ пріучаетъ дѣйствительныхъ преступниковъ къ наказанію, притупляетъ воспріимчивость къ нему, къ позорности его, и лишаетъ его самаго цѣннаго въ немъ — его «психической» силы воздѣйствія. Отсюда ясный выводъ: необходимо, чтобы «рука бойцовъ колоть устала», чтобы основнымъ принципомъ карательной дѣятельности стала экономія наказаній, употребленіе ихъ лишь въ качествѣ ultima ratio, послѣдняго оружія въ защиту общества[1]). Вообще же всегда необходимы лишь соціальная реформа и соціальное предупрежденіе.

И. З. Штейнбергъ.

---

[1]) Необходимо — указываетъ авторъ — по мѣрѣ возможности устранять тюремное заключеніе, фигурирующее сейчасъ на первомъ мѣстѣ, въ особенности когда оказывается, что $^3/_4$ всѣхъ такихъ наказаній не достигаютъ и 3 мѣсяцевъ: дурное вліяніе краткосрочнаго заключенія достаточно извѣстно. Слѣдуетъ, поэтому, допускать лишь минимумъ случаевъ тюремнаго заключенія и максимумъ суррогатовъ его, въ родѣ условнаго осужденія, выговора и т. д.

Digitized by Google

Похищеніе электрической энергіи.

За послѣднее время, особенно съ начала текущаго столѣтія, суду все чаще приходится разбирать дѣла о незаконномъ пользованіи электрической энергіей. Между тѣмъ, у насъ до сихъ поръ нѣтъ прочно установленнаго критерія, которымъ можно было бы руководствоваться при разрѣшеніи такихъ дѣлъ. Правда, Правительствующій Сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Иванова (Указъ отъ 12 сентября 1902 г. за № 5147) высказался по этому вопросу, но рѣшеніе это врядъ ли можно признать имѣющимъ руководящее значеніе.

Становясь на точку зрѣнія англійскаго закона (признающаго похищеніе электрической энергіи за обыкновенную кражу)[1]), Сенатъ обосновываетъ этотъ взглядъ отчасти аргументами, заимствованными у Danz'a и Dernburg'a, а отчасти ссылкой на свою собственную практику. — Не касаясь пока аргументовъ Danz'a и Dernburg'a (они будутъ приведены и разобраны въ своемъ мѣстѣ), обратимся къ ссылкѣ Сената на свою прежнюю практику.

«Хотя въ опредѣленіе кражи законъ вноситъ признакъ движимаго имущества, но, согласно неоднократнымъ разъясненіямъ Правительствующаго Сената, кражею признавалось и похищеніе такихъ вещей, которыя прикрѣплены къ почвѣ или составляютъ принадлежность недвижимости въ смыслѣ гражданскаго законодательства, напр.: тайное похищеніе деревьевъ изъ сада посредствомъ вырытія или вырубки, поврежденіе чужого дома съ цѣлью похищенія части строительнаго матеріала; кромѣ того, законъ прямо называетъ кражею и похищеніе драгоцѣнныхъ ископаемыхъ при разработкѣ земныхъ нѣдръ, хотя и облагаетъ этотъ видъ кражи особыми наказаніями (ст. 601 Ул. о Нак.)».

Хотя Сенатъ въ этомъ рѣшеніи и считаетъ возможнымъ основываться на своихъ прежнихъ рѣшеніяхъ, противорѣчащихъ, по его же признанію, смыслу закона, но ссылка на эти рѣшенія мало убѣдительна. Въ сущности, Сенатъ именно потому и сослался

[1]) Германское законодательство разсматриваетъ похищеніе электрической энергіи, какъ delictum sui generis.

Digitized by Google

на нихъ, что они, по его мнѣнію, противорѣчатъ закону и такимъ образомъ какъ бы позволяютъ дальнѣйшее нарушеніе его; однако, противорѣчіе это — только кажущееся. Конечно, кражей въ этихъ рѣшеніяхъ признавалось не «поврежденіе» дома, а похищеніе отдѣленной — хотя бы и съ цѣлью похищенія — части строительнаго матеріала, т.-е. похищеніе чужого движимаго имущества (каковымъ является отдѣленный уже отъ строенія матеріалъ), лишь осложненное другимъ преступленіемъ — поврежденіемъ чужого недвижимаго имущества. — Что же касается ссылки на 601 ст. Ул. о Нак., то если бы эта статья являлась дѣйствительно спеціальнымъ закономъ о кражѣ, каковымъ, очевидно, считаетъ ее Сенатъ, — она только подтверждала бы, что при опредѣленіи понятія «кражи» необходимо точно придерживаться во всѣхъ иныхъ случаяхъ буквальнаго смысла статей закона, о кражѣ гласящихъ.

Совершенно почти не разработанъ вопросъ о похищеніи электрической энергіи и въ теоріи: лишь въ нѣмецкой литературѣ ему посвящено нѣсколько статей, или, вѣрнѣе, замѣтокъ, и на русскомъ языкѣ имѣется одна статья (Розина)[1]).

Почти всѣ авторы, высказавшіеся по данному вопросу, рѣзко расходятся между собою.

Danz говоритъ: «Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что электричество — вещь, познаваемая чувствомъ... Правда, § 90 гражданскаго свода законовъ гласитъ: «вещами въ смыслѣ закона являются лишь тѣлесные предметы»; но, вѣдь, и для свода законовъ существуетъ юридическое толкованіе, и это толкованіе непремѣнно должно сообразоваться съ тѣмъ, какое значеніе тому или иному слову придаетъ народъ, ибо законы написаны для всего народа, и къ нему обращаютъ свои велѣнія»[2]).

Таковы положенія Danz'a, и, исходя изъ нихъ, онъ считаетъ, что похищеніе электрической энергіи вполнѣ можетъ быть подведено подъ понятіе кражи.

На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и Dernburg[3]). «Сводъ уголовныхъ законовъ гласитъ: «кто беретъ чужую движимую вещь, чтобы противозаконно ее присвоить, наказывается за воровство тюремнымъ заключеніемъ». Такимъ образомъ, вопросъ долженъ быть поставленъ такъ: что должно считать «вещью» по смыслу этого предписанія? Объ этомъ можно судить лишь по цѣли уголовныхъ

[1]) Я не говорю о различныхъ учебникахъ уголовнаго права, которые лишь вскользь касаются даннаго предмета.

[2]) Danz, Gesetzes-Auslegung und das Leben. Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht.

[3]) «Diebstahl an Electrizität», Deutsche Juristen-Zeitung, 1896, № 24.

Digitized by Google

нормъ; послѣдняя же явно исходитъ изъ того положенія, что частное лицо, у котораго въ собственности правомѣрно состоятъ блага внѣшняго міра, должно быть защищено отъ неправомѣрнаго присвоенія этихъ благъ. Но вѣдь электричество — благо, которое встрѣчается во внѣшнемъ мірѣ, которое можетъ быть присвоено человѣкомъ, и которое онъ долженъ былъ создать. Поэтому, электричество есть вещь въ смыслѣ какъ гражданскаго, такъ и уголовнаго права». — «Совершенно безразлично, есть ли электричество нѣчто матеріальное, или чистая энергія. И какое до этого дѣло праву? — Если дѣло идетъ о благахъ, которыя служатъ человѣку,... которыя находятся во внѣшнемъ мірѣ, которыя принадлежатъ человѣку и правомѣрно имъ пріобрѣтены, — для права этого достаточно. Вѣдь, право — организмъ въ человѣческомъ общежитіи, а не философская доктрина, и поэтому оно принимаетъ во вниманіе хозяйственные и этическіе факторы, а не физическія теоріи».

Dernburg'у совершенно основательно возражаетъ Stenglein[1]): «Это — разсужденіе цивилиста, а не криминалиста. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что электричество — цѣнность, и, какъ таковая, можетъ имѣть отношеніе къ гражданскому праву; но отсюда еще не вытекаетъ наличность кражи, — по крайней мѣрѣ не вытекаетъ безусловно. Понятіе о кражѣ — понятіе, развившееся исторически, а отнюдь не абстрактно, существующее съ тѣхъ поръ, какъ появилось понятіе о собственности, т.-е. задолго до появленія уголовнаго уложенія».

Stenglein переноситъ вопросъ въ другую плоскость. Для него, правда, тоже не важно, что представляетъ собою электрическая энергія: матерію, силу или чистую энергію; онъ задается лишь вопросомъ, — можетъ ли быть электрическая энергія приведена въ такое состояніе, чтобы находиться подъ охраной управомоченнаго лица, и чтобы быть изъ этой охраны похищенной. — «На этотъ вопросъ отвѣтъ слѣдуетъ утвердительный. Если кто-либо получитъ электрическую энергію путемъ затраты другой силы, и заключитъ ее въ аккумуляторъ, то она имѣетъ опредѣленныя свойства и можетъ быть похищена. Если же похититель лишь присоединитъ тайно къ чужой силѣ передающій энергію проводъ, то онъ лишь пользуется чужой силой и не является воромъ. Здѣсь дѣло идетъ о furtum usus, ненаказуемость котораго, какъ кражи, признается безусловно. Но должно ли незаконное пользованіе чужой силой вообще оставаться безнаказаннымъ? — Нѣтъ ни-

[1]) «Diebstahl an Elctrizität», Deutsche Juristen-Zeitung, 1897, № 5.

Digitized by Google

какого сомнѣнія, что тайное приспособленіе, посредствомъ коего происходитъ пользованіе чужой силой, собственникъ которой вводится въ заблужденіе относительно работы своей машины и относительно вытекающаго отсюда права на вознагражденіе, можетъ быть охарактеризовано, какъ сокрытіе истиннаго положенія вещей. Такимъ образомъ, дѣяніе это (т.-е. похищеніе электрической энергіи) вовсе не должно оставаться безнаказаннымъ; его нельзя лишь втискивать въ рамки кражи».

Lehr [1]) не допускаетъ, что похищеніе электрической энергіи можно подвести подъ понятіе кражи. «Электричество есть лишь сила, которая, хотя, конечно, проявляется посредствомъ вещей, но сама — вовсе не тѣлесная вещь. Если мы допустимъ возможность кражи электричества, то мы должны также, будучи послѣдовательными, признать воромъ того, кто противоправно приведетъ свою машину посредствомъ передаточнаго ремня въ связь съ находящейся въ дѣйствіи машиною другого, и тѣмъ отниметъ у него часть живой силы». Поэтому, признавая, что въ законодательствѣ находится пробѣлъ въ отношеніи наказуемости похищенія электрической энергіи, Lehr находитъ, что этотъ пробѣлъ должно заполнить путемъ изданія новаго закона, а не путемъ толкованія стараго.

Къ такому же выводу, съ извѣстной оговоркой, приходитъ и Розинъ [2]). Не признавая возможнымъ установить, что похищеніе электрической энергіи должно быть квалифицировано съ юридической стороны, какъ кража, или какъ мошенничество, хотя бы потому, что объектъ мошенничества по нашему дѣйствующему праву одинаковъ съ объектомъ кражи, Розинъ находитъ, что это дѣяніе ближе всего подходитъ къ незаконному пользованію.

«Болѣе богатъ содержаніемъ моментъ направленія дѣятельности виновнаго на техническій аппаратъ, на машину. Похищая электрическую энергію, дѣятель неизбѣжно пользуется этой машиной, и дѣяніе есть видъ furtum usus. Юридическая квалификація похищенія электрической энергіи, какъ самовольнаго пользованія, furtum usus, заслуживаетъ наибольшаго вниманія, ибо дѣяніе ближе всего подходитъ къ указанному составу. Похититель умышленно пользуется чужой машиной, и фактически такое пользованіе составляетъ центръ дѣянія. Предметъ, коимъ онъ пользуется, не утрачиваетъ способности отправлять свое имущественное назначеніе, и самое право на имущество, подвергающееся посягательству, не нарушается. Пользуясь даровой силой, винов-

[1]) «An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden», § 2.
[2]) «Похищеніе электрической энергіи», «Вѣстникъ Права», 1899 г., № 10.

Digitized by Google

ный получаетъ извѣстную, притомъ легко оцѣнимую матеріальную выгоду. Собственникъ центральнаго электрическаго аппарата противъ его воли терпитъ соотвѣтствующій убытокъ, который выражается въ потерѣ матеріала, необходимаго для приведенія машины въ дѣйствіе для излишней работы, въ потерѣ частицъ въ машинѣ, постепенно расходующихся въ работѣ. Дѣяніе, такимъ образомъ, вполнѣ выполняетъ составъ римскаго furtum usus, гдѣ требовалось и contrectatio fraudulosa, и animus lucri faciendi. Нельзя, однако, не замѣтить, что современный юристъ былъ бы не правъ, настаивая на такой же квалификаціи дѣянія и по дѣйствующему праву. Римское furtum usus, съ развитіемъ основного понятія кражи, не удержалось, какъ ея видъ; но, отдѣлившись отъ послѣдней, оно не приняло общаго характера, и распалось на отдѣльные виды. Изъ ихъ сопоставленія легко вывести общее понятіе о furtum usus или самовольнаго пользованія по дѣйствующему праву, куда, безспорно, подойдетъ и похищеніе электрической энергіи, но это общее понятіе останется юридической абстракціей, коей положительное право не знаетъ. Пользованіе чужимъ движимымъ имуществомъ по нашему праву не наказуемо... И если народное правосознаніе дѣйствительно требуетъ наказанія похитителя [1]), то для этого необходимъ новый законъ. Наиболѣе правильно было бы присоединить такой законъ къ постановленіямъ о незаконномъ пользованіи, ибо инкриминируемое дѣяніе всего ближе подходитъ къ составу послѣдняго преступленія. Такой новый законъ... въ области законодательства о самовольномъ пользованіи прибавилъ бы къ фактически, притомъ съ полнымъ основаніемъ, разрозненной группѣ — новый членъ, указывая тѣмъ, что иныхъ способовъ правовой охраны въ данномъ случаѣ недостаточно».

Расходясь во взглядахъ на квалификацію похищенія электрической энергіи, почти всѣ цитированные авторы, не колеблясь, признаютъ это дѣяніе уголовно-наказуемымъ. «Право уголовное, какъ и гражданское, защищаетъ блага людей», — говоритъ Danz [2]): — «но эта защита не можетъ зависѣть отъ воззрѣній спеціальной отрасли науки, ибо вопросъ о томъ, что считать за «благо», рѣшается воззрѣніемъ жизни, а не научными теоріями; и если жизнь считаетъ что-либо за благо, то судья и долженъ это защищать». — Конечно, нельзя не согласиться съ Danz'омъ, что гражданское право должно защищать всякое имущественное благо; что же касается до второго его положенія — что всякое благо

[1]) Розинъ считаетъ, что совершенно достаточно ограничиться гражданской защитой въ дѣлахъ о похищеніи электрической энергіи.

[2]) Danz, op. cit., стран. 616 и сл.

Digitized by Google

должно защищаться также и уголовнымъ правомъ, — то оно далеко не такъ безспорно.

«Нельзя примириться съ тѣмъ положеніемъ, что всякое посягательство на охраненный правовою нормою интересъ жизни должно быть признаваемо наказуемымъ въ порядкѣ суда уголовнаго, а наоборотъ, надо признать, что карательное право государства, какъ видъ охраны правового порядка, заключаясь, какъ бы въ потенціи, во всякомъ посягательствѣ на юридическую заповѣдь, — воспріемлетъ бытіе только тогда, когда власть признаетъ это государственно цѣлесообразнымъ, а потому и реальнонеобходимымъ»[1]). На этой именно точкѣ зрѣнія стоитъ, очевидно, и наше уголовное законодательство, признавая, напр., что «незаконное пользованіе, по общему правилу, можетъ сопровождаться лишь мѣрами гражданско-правовой охраны, мѣры же карательныя могутъ быть примѣняемы къ нему только по исключенію, въ наиболѣе тяжкихъ случаяхъ»[2]).

Такимъ образомъ, нельзя признать, по крайней мѣрѣ, признать безусловно, что всякое имущественное благо должно быть защищаемо не только гражданскимъ, но и уголовнымъ правомъ; въ частности, приходится остановиться и на вопросѣ объ уголовной наказуемости похищенія электрической энергіи.

Не подлежитъ сомнѣнію, что наличность поводовъ для примѣненія уголовной репрессіи въ данномъ случаѣ имѣется; слѣдовательно, надлежитъ лишь рѣшить вопросъ, не препятствуетъ ли примѣненію этой репрессіи принципъ экономіи наказанія, требующій, чтобы карательная дѣятельность государства не простиралась за предѣлы тѣхъ случаевъ, когда наказаніе дѣйствительно необходимо.

«Отъ современнаго уголовнаго наказанія справедливость требуетъ, чтобы оно имѣло въ основаніи опредѣленную и опирающуюся на твердо установленный нравственный критерій оцѣнку личности наказываемаго или имъ содѣяннаго. Несправедливо — наказывать однихъ, или за одно, и не наказывать другихъ, или за другое, при наличности основаній, принятыхъ для наказанія первыхъ, и наоборотъ... Разумѣется, говоря о требованіяхъ морали, мы имѣемъ въ виду не нравственныя нормы, существующія исключительно въ представленіи философа, сектанта или праведника, а тѣ правила морали, которыя представляютъ собою реальную основу нравственной жизни исторически существующаго об-

[1]) Таганцевъ, Русское Уголовное Право, стран. 55.
[2]) Уголовное Уложеніе. Проектъ Редакціонной Комиссіи и объясненія къ нему, т. VII, стран. 389.

Digitized by Google

щества, даютъ фактически уловимый нравственный тонъ этой жизни, проявляютъ себя во внѣшнихъ поступкахъ людей, а главное опредѣляютъ соціально-этическую оцѣнку послѣднихъ»[1]).

Именно эти правила морали и требуютъ категорически, чтобы похититель электрической энергіи наказывался такъ же, какъ и похититель какой-либо движимой вещи. Для морали дѣйствительно безразлично, что представляетъ собою электрическая энергія, — матерію или чистую энергію: для нея важно лишь, что произошло похищеніе, что похищено какое-то имущественное благо, имѣющее опредѣленную цѣнность, — благо, на созданіе котораго затраченъ извѣстный трудъ. И если мы задаемся вопросомъ, есть ли электрическая энергія вещь или не вещь, то исключительно потому, что законъ не можетъ карать дѣяній, имъ не предусмотрѣнныхъ: nullum crimen, nulla poena sine lege; правила же морали осуждаютъ или оправдываютъ данный поступокъ внѣ зависимости отъ какихъ-либо ранѣе существовавшихъ предписаній. Справедливость сказаннаго подтверждается стремленіемъ даже путемъ явныхъ натяжекъ подвести похищеніе электрической энергіи подъ понятіе кражи, чтобы только не оставить его безнаказаннымъ. Если же принять во вниманіе, что похищеніе электрической энергіи путемъ хищническаго обмана безспорно подойдетъ подъ 591 статью Уголовнаго Уложенія (о чемъ подробнѣе будетъ сказано ниже), — то вопросъ о наказуемости разбираемаго дѣянія надлежитъ разрѣшить безусловно въ положительномъ смыслѣ.

Какимъ же путемъ можно провести въ жизнь наказуемость этого деликта? — Прежде всего, конечно, надлежитъ выяснить, не можетъ ли быть подведено это дѣяніе подъ какой-либо изъ предусмотрѣнныхъ закономъ наказуемыхъ деликтовъ, — именно, въ отдѣлѣ объ имущественныхъ преступленіяхъ, въ частности, въ главахъ о кражѣ, мошенничествѣ и о самовольномъ пользованіи. Но при этомъ должно не упускать изъ виду, что разсматривать сущность природы электрической энергіи необходимо исключительно съ точки зрѣнія дуалистическаго міровоззрѣнія, ибо не подлежитъ сомнѣнію, что наше законодательство стояло и еще до сихъ поръ продолжаетъ стоять на почвѣ именно этого міровоззрѣнія.

Какъ уже сказано, Danz и Dernburg, не колеблясь, квалифицируютъ похищеніе электрической энергіи, какъ кражу [2]). Dernburg считаетъ это дѣяніе кражей потому, что находитъ возмож-

---

[1]) Мокринскій, Наказаніе, его цѣли и предположенія, стран. 7 и сл.
[2]) На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и Фойницкій («Курсъ уголовнаго права», часть особенная, стран. 163).

Digitized by Google

нымъ признать электрическую энергію за «вещь» не только въ смыслѣ гражданскаго, но и въ смыслѣ уголовнаго права. Но такимъ образомъ, Dernburg допускаетъ contradictio in adjecto: въ сущности, онъ утверждаетъ, что «энергія есть матерія»; между тѣмъ, энергія именно противополагается матеріи. Правда, за послѣднее время это положеніе сдѣлалось далеко не безспорнымъ, но не подлежитъ сомнѣнію, что до сихъ поръ уголовное право стояло на почвѣ дуалистическаго міровоззрѣнія, а слѣдовательно и нормы свои примѣняло именно къ таковому міровоззрѣнію. И если вопросъ о сущности электрической энергіи, т.-е. споръ между дуалистами, энергетиками, монистами и т. д. представлялось бы желательнымъ разрѣшить для того, чтобы опредѣлить, въ какой именно отдѣлъ уголовнаго кодекса помѣстить новый законъ о наказуемости похищенія электрической энергіи, то для оперированія съ уже существующимъ кодексомъ это совершенно не важно.

Конечно, «для Свода Законовъ должно существовать юридическое толкованіе« (путемъ котораго Danz и пытается подвести похищеніе электрической энергіи подъ понятіе кражи); но это толкованіе должно также подчиняться и извѣстнымъ правиламъ: нельзя же толковать ту или иную норму въ смыслѣ, какъ разъ обратномъ пониманію этой нормы законодателемъ. Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ законодатель подъ «движимымъ имуществомъ» какъ нельзя болѣе опредѣленно понимаетъ «матеріальныя вещи, отъ которыхъ отличаются права и интересы, въ тѣлесную форму не воплотившіеся, и потому не могущіе быть предметомъ наказуемаго похищенія» [1]).

Такимъ образомъ, признать электрическую энергію за «вещь» въ смыслѣ дѣйствующаго уголовнаго права невозможно, а слѣдовательно и похищеніе ея нельзя квалифицировать, какъ кражу.

Переходимъ къ мошенничеству.

Такъ какъ, согласно дѣйствующему нашему кодексу, объектъ мошенничества одинаковъ съ объектомъ кражи, то сказанное выше о невозможности признать похищеніе электрической энергіи за кражу примѣнимо и къ мошенничеству. Шире опредѣляется составъ мошенничества Уголовнымъ Уложеніемъ. Ст. 591 п. 3-й этого Уложенія гласитъ: «виновный... въ побужденіи, посредствомъ обмана съ цѣлью доставить себѣ или другому имущественную выгоду, къ уступкѣ права по имуществу, или ко вступленію въ иную невыгодную сдѣлку по имуществу, за сіе мошенничество

[1]) «Уголовное Уложеніе. Проектъ Редакціонной Комиссіи и объясненія къ нему», т. VII, стран. 282.

Digitized by Google

наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ». Согласно этому пункту объектомъ мошенничества «можетъ быть не только движимое имущество in corpore, но и всякаго рода вообще имущественныя блага и права на нихъ... Всякое вообще имущественное благо является возможнымъ предметомъ этого посягательства, независимо отъ того, утрачивается ли потерпѣвшимъ вслѣдствіе перехода къ виновному право собственности на имущество, движимое или недвижимое, наличное или долговое, или же только право пользованія или выгоды, съ такимъ правомъ соединявшееся» [1]).

Отсюда ясно вытекаетъ, что похищеніе электрической энергіи посредствомъ обмана вполнѣ подойдетъ подъ п. 3-й ст. 591 Уголовнаго Уложенія. Въ то же время, при отсутствіи наказуемаго обмана похищеніе электрической энергіи останется совершенно безнаказаннымъ. Но такое положеніе вещей несомнѣнно нарушитъ самыя элементарныя требованія той морали, о которой говорилось выше; въ самомъ дѣлѣ, справедливо ли наказывать за то, что похититель какимъ-либо способомъ выключилъ изъ цѣпи находящійся въ его квартирѣ электрическій счетчикъ (мошенничество), и не наказывать за то, что энергія похищается путемъ тайнаго присоединенія своего провода къ проводу, несущему эту энергію въ квартиру чужую (мошенничества нѣтъ)?

Выходъ изъ такого положенія можетъ быть найденъ только тѣмъ путемъ, на который указываютъ Lehr и Розинъ, — именно, путемъ признанія похищенія электрической энергіи за delictum sui generis и путемъ изданія новаго закона.

Въ виду того, что Розинъ достаточно основательно доказалъ, почему такой новый законъ долженъ быть присоединенъ къ самовольному пользованію, я попытаюсь лишь указать, почему похищеніе электрической энергіи должно разсматриваться именно какъ delictum sui generis, а не какъ случай самовольнаго пользованія, выдѣляющійся изъ ряда другихъ случаевъ такого пользованія лишь своей наказуемостью.

«Самовольное пользованіе можетъ быть опредѣлено, какъ наказуемое умышленное осуществленіе хозяйскихъ отношеній къ имуществу лицомъ, не имѣющимъ на то права, въ видахъ удовлетворенія имъ своихъ нуждъ или извлеченія изъ него соотвѣтствующихъ выгодъ» [2]). Подъ это опредѣленіе подходитъ пользованіе какъ недвижимымъ, такъ и движимымъ имуществомъ; подходитъ подъ него до извѣстной степени и похищеніе электрической энергіи, ибо похититель, конечно, пользуется тѣми машинами, работа коихъ

[1]) Ibid., стран. 374 и 388.
[2]) Фойницкій, op. cit., стран. 403.

Digitized by Google

претворяется въ электрическую энергію. Говорю, «до извѣстной степени» потому, что при разбираемомъ дѣяніи нѣтъ ясно выраженнаго, полнаго осуществленія именно хозяйскихъ отношеній къ предмету пользованія, т.-е. къ машинамъ. Пользованіе ими отнюдь не «составляетъ фактически центръ дѣянія», какъ это утверждаетъ Розинъ, ибо похитителю совершенно безразлично, работой какой машины получается похищаемая имъ энергія, находится ли эта машина въ дѣйствіи или токъ идетъ изъ аккумулятора; быть можетъ, машина, посредствомъ которой заряженъ былъ этотъ аккумуляторъ, поломалась еще до того момента, какъ похититель началъ пользоваться токомъ. Такимъ образомъ, здѣсь объектъ пользованія — машина — разобщается съ субъектомъ его — похитителемъ — путемъ какъ бы отдѣленія предмета похищенія — электрической энергіи — отъ объекта пользованія — машины. Между тѣмъ, «въ видѣ общаго правила самовольное пользованіе обнимаетъ лишь извлеченіе такихъ изъ чужого имущества плодовъ, которые не могутъ существовать отдѣльно отъ главнаго имущества и не составляютъ сами по себѣ самостоятельной вещи; сюда, напримѣръ, относится пользованіе чужой лошадью для поѣздки»[1]). Электрическая же энергія можетъ существовать отдѣльно отъ главной вещи, «плодомъ» которой она является — отъ элекрической машины. Такимъ образомъ, похищеніе электрической энергіи, близко подходя къ самовольному пользованію, все же вполнѣ не можетъ быть подведено подъ него; и я думаю, что похищенію электрической (а равно и всякой иной) энергіи должна быть отведена самостоятельная глава, какъ это сдѣлано относительно посягательства противъ авторскаго права.

Разсмотримъ, чѣмъ руководствовалась Редакціонная Комиссія, отводя самостоятельную главу посягательствамъ противъ авторскаго права. «Представителю его (т.-е. авторскаго права) можетъ быть нанесенъ важный вредъ, и личный, и главнымъ образомъ имущественный, который Редакціонной Комиссіей въ постановленіяхъ настоящей главы единственно имѣется въ виду, путемъ самовольнаго и противозаконнаго осуществленія такого права, т.-е. извлеченіемъ выгодъ изъ самовольнаго обнародованія предмета чужого авторскаго права, размноженія его и распоряженія имъ. Эта форма дѣятельности наиболѣе соотвѣтствуетъ понятію пользованія чужимъ имуществомъ; но въ послѣднемъ случаѣ предметомъ пользованія представляется вещь матеріальная, между тѣмъ въ первомъ предметъ его есть благо не матеріальное, отвлеченное,

[1]) Ibid., стран. 405.

Digitized by Google

именно авторское право, такъ что понятія эти не должны быть смѣшиваемы» [1]). «Къ числу имущественныхъ правъ относятся и права въ отвлеченной собственности, не воплотившіяся въ предметахъ внѣшняго міра. Содержаніемъ этого вида собственности является право на идею или на форму идеи, какъ на нѣчто безтѣлесное, отвлеченное... То же..., относится ко всякому вообще интересу, хотя и представляющему для собственника его имущественную стоимость, но не выразившемуся еще въ предметахъ матеріальныхъ [2]). «Пользоваться привилегіей значитъ воспроизводить изобрѣтеніе, означенное привилегіею, эксплоатировать мысль, огражденную правомъ привилегіи» [3]).

Но что такое представляетъ собою эта ограждаемая привилегіей «мысль»? — Не что иное, какъ одну изъ формъ той категоріи «нематеріальнаго», другой формой коей является электрическая энергія. Такимъ образомъ, тѣ основанія, которыми руководствовались авторы Уголовнаго Уложенія, выдѣляя посягательства противъ авторскаго права въ особую главу, приводятъ къ необходимости выдѣлить и похищеніе электрической, а равно и какой-либо иной, энергіи въ такую же особую главу.

Что касется мѣры наказанія за похищеніе энергіи, то, исходя изъ принциповъ, установленныхъ уголовной политикой, нужно признать, что наказаніе за этотъ деликтъ должно колебаться между денежнымъ штрафомъ и тюрьмою, при чемъ опредѣленіе точной мѣры наказанія должно быть, конечно, предоставлено суду.

Подведя итогъ сказанному, мы приходимъ къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) похищеніе электрической, а равно и всякой иной энергіи, наказуемо; 2) для проведенія этой наказуемости въ жизнь необходимъ новый законъ; 3) законъ этотъ долженъ быть выдѣленъ въ особую главу въ отдѣлѣ о преступленіяхъ имущественныхъ; 4) эта глава должна быть помѣщена между главою о посягательствахъ противъ авторскаго права и главою о незаконномъ пользованіи, при чемъ она послужитъ какъ бы связующимъ звеномъ между ними.

С. Гавриловъ.

---

[1]) «Уголовное Уложеніе. Проектъ Редакціонной Комиссіи и объясненія къ нему», т. VII, стран. 543.
[2]) Id., стран. 183.
[3]) Ibid., стран. 576.

Digitized by Google

Новый порядокъ публикаціи о наслѣдствахъ.

Давно уже ощущалась потребность въ измѣненіи правилъ о судебныхъ публикаціяхъ. Представлялось мало понятнымъ и противорѣчащимъ принципу равенства всѣхъ тяжущихся таксированіе публикацій въ зависимости отъ занимаемаго ими мѣста въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ»; болѣе или менѣе краткое изложеніе одной и той же публикаціи зависѣло отъ умѣнья и хотѣнья секретаря судебнаго установленія, а оплачивать это редакціонное искусство приходилось тяжущемуся въ одномъ случаѣ дороже, въ другомъ дешевле, сообразно сжатости или распространенности текста.

Нельзя въ виду этого не привѣтствовать введеніе въ данномъ дѣлѣ однообразія. По закону «объ измѣненіи порядка производства публикацій по судебнымъ и нѣкоторымъ административнымъ дѣламъ», опубликованному 3 апрѣля 1912 г. (Собр. узак. 1912 г., № 58, статья 534), каждая судебная публикація оплачивается. безотносительно къ ея величинѣ, по 1 руб. 50 коп.

Другое нововведеніе заключается въ томъ, что «публикаціи, обязательно помѣщаемыя по закону въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ», припечатываются въ означенномъ изданіи одинъ разъ». Этимъ правиломъ помимо его цѣлесообразности сокращаются расходы заинтересованныхъ лицъ. Суды и правительственныя установленія обыкновенно требовали отъ просителей представленія того номера «Сенатскихъ Объявленій», гдѣ публикація произведена; приходилось «имѣющимъ хожденіе по дѣламъ» пріобрѣтать сенатское изданіе въ 3 экземплярахъ по числу публикацій, такъ какъ до изданія новаго закона публикацій требовалось три. Публиковать же трижды въ дѣйствительности не было надобности, ибо публикаціи печатались рядомъ въ трехъ послѣдующихъ номерахъ и, слѣд., не было основаній предполагать, что трижды такъ напечатанная публикація болѣе обратитъ вниманія, скорѣе не ускользнетъ, чѣмъ напечатанная однажды.

Не такой интересъ вызываютъ «Сенатскія Объявленія» въ публикѣ, чтобы кто-нибудь своевременно читалъ ихъ, за исключеніемъ, конечно, особаго рода спеціалистовъ.

Digitized by Google

Можно очень пожалѣть, отмѣчая это измѣненіе внѣшняго порядка публикованія, что не измѣненъ одновременно порядокъ и внѣшность изданія самихъ «Сенатскихъ Объявленій» въ цѣляхъ лучшей и скорѣйшей возможности пользоваться публикаціями. Публикацій въ каждомъ выпускѣ «Сенатскихъ Объявленій» очень много и находить ихъ затруднительно. Отчего бы не наладить изданіе хотя бы ежемѣсячнаго приложенія къ нимъ съ алфавитнымъ указателемъ публикованныхъ именъ и предметовъ? Это особенно важно въ дѣлѣ полицейскаго и судебнаго розыска преступниковъ, хозяина находки и т. д. Редакція «Сенатскихъ» и «Губернскихъ Вѣдомостей» прежде, какъ и нынѣ, не присылаетъ въ судъ или полицію соотвѣтственный № съ публикаціей, и суды розыскъ этихъ справокъ возлагаютъ на заинтересованныхъ лицъ. Отчего бы не ввести разсылку экземпляра публикацій къ дѣламъ? хотя бы съ увеличеніемъ платы?

Одновременно и совмѣстно съ приведенными внѣшними измѣненіями правилъ о публикаціяхъ тотъ же законъ коснулся и текста нѣкоторыхъ статей Законовъ гражданскихъ.

До изданія этого закона, согласно 1239 и слѣдующихъ статей Зак. Гр., 1401 ст. Уст. Гр. Суд. и 318 ст. учр. сен., мѣстный мировой судья или уѣздный членъ окружнаго суда дѣлалъ распоряженіе о напечатаніи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ» публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ къ имуществу умершаго лица. Съ истеченіемъ полугодія со дня третьей публикаціи наличные наслѣдники могли быть утверждены судебною властью въ правахъ наслѣдства, или безъ этого утвержденія фактически «вступить (какъ сказано было въ 1239 ст.) во владѣніе оставшимся наслѣдствомъ».

Съ изданіемъ новаго закона о публикаціяхъ 1401 ст. Уст. Гр. Суд. оставлена безъ измѣненія («вызовъ наслѣдниковъ дѣлается въ указанныхъ въ статьѣ 1239 Зак. Гр. случаяхъ по распоряженію мирового судьи, въ участкѣ коего наслѣдственное имущество находится»). И это на первыхъ же порахъ стало порождать нѣкоторыя недоразумѣнія, не прекращающіяся и доселѣ. Эти недоразумѣнія сводятся къ вопросу: какой судья долженъ распорядиться о публикаціи, если наслѣдственное имущество находится въ нѣсколькихъ губерніяхъ или областяхъ?

Дѣло въ томъ, что при прежнемъ порядкѣ публикаціи объ открывшемся наслѣдствѣ только въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ», было почти безразлично, какой судья сдѣлаетъ распоряженіе. Мѣсто и органъ публикаціи были одни и тѣ же; гдѣ бы имущество ни

Digitized by Google

открылось, срокъ отсчитывался со дня третьей публикаціи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ»; никакихъ иныхъ публикацій не требовалось, и потому, если судья, напр., по мѣсту смерти наслѣдодателя произведетъ публикацію, она была достаточна для всѣхъ случаевъ, т.-е. въ сколькихъ бы мѣстностяхъ и губерніяхъ наслѣдство ни находилось и сколько бы различныхъ судей ни принимали мѣръ къ охранѣ наслѣдства. Могло быть иногда небольшое затрудненіе въ отысканіи публикаціи, не зная, какимъ судьею сдѣланъ вызовъ, но затрудненіе не особенно важное и даже едва ли вообще устранимое. Съ изданіемъ новаго закона о публикаціяхъ дѣло изрядно осложнилось. Безразлично, попрежнему — какой судья произведетъ публикацію въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ». Но новый законъ (новый текстъ 1239 ст. Зак. Гр., на которую имѣется ссылка въ 1401 ст. Уст. Гр. Суд.) требуетъ сверхъ публикаціи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ» публиковать также «и въ мѣстныхъ губ. вѣдомостяхъ». Одинъ судья долженъ публиковать *повсюду* объ открывшемся наслѣдствѣ или же каждый судья, принимающій мѣры къ охранѣ оставшагося въ его участкѣ имущества?

Этотъ вопросъ долженъ бы имѣть отвѣтъ въ 1401 ст. Уст. Гр. Суд.; но тамъ отвѣта не находится, ибо прежній текстъ ея ничѣмъ не добавленъ и никакъ не измѣненъ. Между тѣмъ добавленіе или измѣненіе должно бы быть. И вотъ почему. Въ текстѣ 1401 ст. сказано въ единственномъ числѣ: «мировой судья, въ участкѣ коего»... Въ виду этого наслѣдники имѣютъ прямое право обратиться по своему усмотрѣнію лишь къ одному судьѣ, въ участкѣ коего имѣется наслѣдство, хотя бы часть наслѣдства находилась кромѣ того и въ другомъ мѣстѣ, требуя отъ него распоряженія о напечатаніи публикацій во всѣхъ вѣдомостяхъ. Но, съ другой стороны, судья, къ которому обратились, имѣетъ не менѣе прямое основаніе ограничиться распоряженіемъ о публикаціи (сверхъ «Сенатскихъ Объявленій») только въ мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ, а не во всѣхъ губернскихъ вѣдомостяхъ по мѣсту нахожденія наслѣдства. Оправданіемъ служитъ текстъ 1239 ст. Зак. Гр. (вызовъ наслѣдникамъ публикуется «по распоряженію тѣхъ судебныхъ мѣстъ, въ вѣдѣніи коихъ находится оставшееся послѣ умершаго имущество»), на которую сдѣлана ссылка въ 1401 ст. Уст. Гр. Суд. Въ противоположность этой послѣдней, — 1239 ст. выражается во множественномъ числѣ объ органахъ, обязанныхъ публиковать объ открывшемся наслѣдствѣ.

И вотъ, благодаря кодификаціонному недосмотру, возможны и бываютъ на практикѣ пререканія и недоразумѣнія, отражающіяся на матеріальныхъ интересахъ наслѣдниковъ. Въ самомъ дѣлѣ,

Digitized by Google

окружный судъ не можетъ самъ производить публикаціонный вызовъ наслѣдниковъ (1401 ст. Уст. Гр. Суд.) и не можетъ равнымъ образомъ постановить опредѣленіе объ утвержденіи наслѣдственныхъ правъ кого-либо, доколѣ не появятся публикаціи (помимо «Сенатскихъ Объявленій») въ вѣдомостяхъ всѣхъ тѣхъ губерній и областей, гдѣ расположено данное наслѣдство. Такимъ образомъ для наслѣдниковъ небезразлично, согласится или откажется судья, къ которому первоначально обратились, послать публикаціи во всѣ вѣдомости, гдѣ требуется по 1239 ст. ихъ напечатаніе. Случай этотъ задѣваетъ далеко не всегда только весьма богатыхъ наслѣдниковъ; онъ повторяется и относительно наслѣдствъ небольшого размѣра (напр. если хворавшій лечился въ разныхъ курортахъ, гдѣ въ сберегательныхъ кассахъ остались небольшіе вклады, а умеръ на родинѣ или гдѣ-нибудь въ столичной лечебницѣ, если умеръ рабочій далеко отъ родины и т. д.) и потому обращеніе къ многимъ судьямъ вызываетъ не мало неудобствъ.

Разрѣшеніе даннаго вопроса имѣетъ значеніе и для судей. Долженъ ли судья, принимая мѣры къ охранѣ наслѣдства, дѣлать распоряженіе о публикаціи въ мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ, если освѣдомленъ, что другой судья уже распорядился о публикаціи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ» и вѣдомостяхъ своей губ.? Долженъ ли судья, получивъ справку, гдѣ сказано, что другой судья уже сдѣлалъ публикаціи о наслѣдствѣ, но не перечислено, гдѣ именно напечатаны публикаціи, — долженъ ли требовать болѣе подробной справки? Эти и рядъ иныхъ вопросовъ приводятъ и судей въ недоумѣніе благодаря недоговоренности и несогласованности 1239 ст. Зак. Гр. и 1401 ст. Уст. Гр. Суд. Гдѣ же выходъ изъ создавшагося затрудненія?

Мнѣ кажется, изъ разнорѣчащихъ текстовъ 1401 ст. Уст. Гр. Суд. и 1239 ст. Зак. Гр. слѣдуетъ отдать предпочтеніе первому. Во-первыхъ, это законъ процессуальный, а порядокъ публикаціоннаго вызова наслѣдниковъ касается именно сферы процессуальной. Во-вторыхъ, онъ болѣе соотвѣтствуетъ интересамъ наслѣдниковъ, болѣе удобенъ для нихъ. Въ-третьихъ, несогласованность текста 1401 ст. съ текстомъ 1239 ст. болѣе вербальная, въ словахъ, нежели по содержанію.

Въ самомъ дѣлѣ, законодательная власть оставила безъ измѣненія текстъ 1401 ст. Уст. Гр. Суд. и на этомъ основаніи нужно утверждать что путь къ публикованію рѣшено сохранить прежній, т.-е. обращеніе къ посредству одного судьи. Измѣненъ текстъ 1239 ст. Зак. Гр. и это измѣненіе указываетъ въ конечномъ результатѣ лишь на измѣненіе способа или формы публикованія; прежде

Digitized by Google

было необходимо троекратное печатаніе лишь въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ», новый законъ обязываетъ публиковать единажды здѣсь же, но сверхъ того еще по разу въ официальныхъ «Вѣдомостяхъ» каждой области и губерніи, гдѣ находится оставшееся наслѣдство. Въ ст. 1239 достаточно было бы установить: «наслѣдникамъ дѣлается... вызовъ чрезъ публикаціи, помѣщаемыя въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ» и въ мѣстныхъ губ. вѣдомостяхъ». Совершенно излишне въ приведенныхъ строкахъ сдѣлана вставка: «по распоряженію тѣхъ судебныхъ мѣстъ, въ вѣдѣніи коихъ находится оставшееся послѣ умершаго имущество». Эта вставка чужда сферѣ матеріальнаго права и вмѣсто нея естественнѣе была бы просто ссылка на 1401 ст. Уст. Гр. Суд., какъ сдѣлана въ текстѣ этой послѣдней ссылка на 1239 ст.; эта вставка и неправильна, какъ будетъ сказано ниже. Изложенныя соображенія, думается, достаточно склоняютъ къ тому, что хотя текстъ 1401 ст. и болѣе ранній, но ему, а не новѣйшему тексту 1239 ст., принадлежитъ преимущество въ установленіи порядка публикованія о вызовѣ наслѣдниковъ.

Что касается вопроса о цѣлесообразности предпочесть правило 1401 ст., то удобство для наслѣдниковъ тутъ едва ли можно оспаривать. Наслѣдникамъ, безъ сомнѣнія, удобнѣе заявить какому-нибудь одному судьѣ ходатайство сдѣлать распоряженіе о напечатаніи публикацій и внести соотвѣтственную сумму, нежели разсылать прошенія и деньги къ разнымъ судьямъ по всѣмъ мѣстамъ нахожденія частей наслѣдственной массы.

Здѣсь умѣстно повторить пожеланіе, выраженное въ видѣ вопроса въ началѣ этой замѣтки. Судья посылаетъ публикацію. Она напечатана въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ» и въ «Губернскихъ Вѣдомостяхъ», но слѣдить за появленіемъ ея судьѣ невозможно, а между тѣмъ это важно и для удостовѣренія въ фактѣ, и времени напечатанія и въ правильности текста. Если бы было установлено, чтобъ редакціи «Объявленій» и «Вѣдомостей» тотчасъ по напечатаніи высылали судьѣ номеръ собственно для пріобщенія къ его производству, можно бы было судьѣ слѣдить за правильностью текста. А это устранило бы неудобство, теперь иногда наблюдаемое и состоящее въ томъ, что благодаря опечаткѣ окружные суды отказываютъ въ утвержденіи наслѣдственныхъ правъ и наслѣдникамъ приходится вторично просить судью дѣлать публикацію, платя новый сборъ (хотя эта новая публикація вызывается не ихъ виною) и выжидая вновь шестимѣсячный срокъ. Сверхъ того наслѣдникамъ не нужно было бы раздобывать эти номера, выписывая ихъ и

Digitized by Google

платя иногда большія деньги (за публикаціи прежнихъ лѣтъ) юридическимъ магазинамъ. При необходимости теперь появленія публикацій въ мѣстныхъ «Вѣдомостяхъ» это довольно затруднительно и накладно.

Было бы, разумѣется, во всѣхъ отношеніяхъ желательнѣе, если бы 1239 и 1401 ст. были согласованы и послѣдняя была дополнена сообразно съ подсказкой судебной практики; но коль скоро этого не сдѣлано въ текстѣ закона и, повидимому, не предполагается сдѣлать, необходимо, кажется, встать подъ укладъ 1401 ст. Уст. Гр. Суд. Какому именно судьѣ принадлежитъ дѣлать публикаціи, скажу ниже.

Другое недоумѣніе вызываетъ слѣдующее правило нынѣшней 1239 ст. Зак. Гр.: «Если оставшееся послѣ наслѣдодателя имущество, по имѣющимся свѣдѣніямъ, не превышаетъ ста руб., то вызовъ взамѣнъ публикацій въ означенныхъ выше изданіяхъ выставляется у дверей камеры мирового судьи и въ полицейскомъ управленіи или въ волостномъ правленіи по мѣсту послѣдняго жительства наслѣдодателя».

Нельзя не порадоваться введенію этого исключенія изъ общаго правила о публикаціяхъ, ибо при прежнемъ порядкѣ случалось, что нѣсколько десятковъ и даже нѣсколько рублей, хранившихся въ Государственномъ банкѣ на имя наслѣдодателя, не могли перейти въ руки наслѣдниковъ безъ публикаціи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ», хотя бы иного имущества и не осталось. Но нельзя и не пожалѣть объ излишней лаконичности введеннаго правила, а въ особенности о несогласованности съ первой частью той же 1239 ст.

Почему, спрашивается, нужно вывѣшивать объявленіе о вызовѣ наслѣдниковъ въ камерѣ судьи, въ полиціи или волости по мѣсту послѣдняго жительства наслѣдодателя? Это, во-первыхъ, не согласовано съ правилами о публикаціяхъ, печатаемыхъ по мѣсту нахожденія наслѣдственнаго имущества, а не по послѣднему адресу наслѣдодателя; это во-вторыхъ, не цѣлесообразно, ибо такой вызовъ имѣетъ задачей оповѣстить наслѣдниковъ, и конечно его полезнѣе производить по мѣсту постоянной осѣдлости, а не по болѣе или менѣе случайному послѣднему предъ смертью мѣсту пребыванія; это въ-третьихъ, довольно затруднительно, такъ какъ иной разъ можетъ быть спорнымъ вопросъ о послѣднемъ мѣстѣ жительства (напр., въ случаѣ смерти неизвѣстнаго лица, комиссіонера, путе-

Digitized by Google

шественника и т. п); это въ-четвертыхъ, безъ достаточныхъ основаній отступаетъ отъ принятаго закономъ въ другихъ случаяхъ предпочтенія мѣста смерти или мѣста постоянной осѣдлости пункту послѣдняго жительства (1408, 205, 210 и др. статьи Уст. Гр. Суд., 1060 и др. статьи Зак. Гр.).

Во всякомъ случаѣ «мѣсто послѣдняго жительства наслѣдодателя», разумѣемое въ 1239 ст., не должно быть случайной станціей, гдѣ онъ скончался внезапно. Это можно утверждать хотя бы ссылаясь на новый текстъ 417 ст. Уст. Суд. Торг. (Собр. Узакон. 1912, № 58, ст. 534), устанавливающій, что находящимися въ городѣ, гдѣ открылась несостоятельность «разумѣются... и пребывающіе въ селѣ, городѣ временно, если они находились въ немъ не только въ день позднѣйшей публикаціи..., но и послѣ того не менѣе двухъ недѣль безотлучно». Даже въ дѣлахъ большой спѣшности «послѣднее жительство» спеціально оговорено.

По смыслу закона подъ наслѣдствомъ разумѣется не только имущество, но и право наслѣдованія. Законъ говоритъ объ «открытіи наслѣдства», т.-е. слѣд. именно о моментѣ наслѣдованія (напр. 1222 ст. Зак. Гр.). Наслѣдникъ имѣетъ юридическое преемство не къ предмету наслѣдованія, а къ лицу наслѣдодателя; это выявляется и въ житейскомъ обиходѣ (наслѣдникъ кого, а не наслѣдникъ чего-нибудь). Въ виду сего преимущественное значеніе здѣсь должно признать не за мѣстомъ нахожденія наслѣдственнаго имущества, а за мѣстомъ постояннаго пребыванія наслѣдодателя. По этому мѣсту предъявляются иски (215 ст. Уст. Гр. Суд.) изъ-за наслѣдственныхъ правъ; это мѣсто должно опредѣлять и судью, который обязанъ производить въ охранительномъ порядкѣ всѣ публикаціи; оно должно непремѣнно устанавливать и мѣстныя «Вѣдомости» для напечатанія публикаціи, если неизвѣстны составъ и мѣсто нахожденія наслѣдственнаго имущества. Такимъ образомъ, центральнымъ или основнымъ мѣстомъ въ дѣлахъ о наслѣдствахъ должно почитаться послѣднее постоянное пребываніе наслѣдодателя.

Установленіе этого принципа разрѣшило бы и затрудненіе, не разъясненное закономъ по вопросу: нужно ли и въ какихъ «Вѣдомостяхъ» печатать объявленія, если имущества никакого не осталось или по крайней мѣрѣ наслѣдники умершаго добросовѣстно о немъ ничего не могутъ заявить по полному невѣдѣнію?

Казалось бы публиковать нужно, — на это указываетъ разумъ и цѣль установленія публикацій о наслѣдствахъ. И если наслѣд-

Digitized by Google

ственнаго имущества въ виду не имѣется, повидимому, правильнѣе всего было бы публиковать въ «Вѣдомостяхъ» по мѣсту послѣдняго постояннаго жительства умершаго.

Кстати здѣсь остановиться попутно на вопросѣ о срокѣ, устанавливаемомъ публикаціями. Законъ назначилъ теченіе срока со дня напечатанія публикаціи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ». Отсюда слѣдуетъ заключить, что время напечатанія публикацій въ мѣстныхъ вѣдомостяхъ не имѣетъ хронологическаго значенія. Въ юридическомъ отношеніи достаточно, чтобъ всѣ и во всѣхъ губерніяхъ публикаціи появились до момента постановленія судомъ резолюціи объ утвержденіи наслѣдственныхъ правъ. Такое толкованіе необходимо въ виду возможности запаздыванія въ нѣкоторыхъ случаяхъ печатанія этихъ публикацій, особенно когда смерть наслѣдодателя произошла не на родинѣ, и у него осталось имущество въ разныхъ губерніяхъ.

Если же судебное опредѣленіе состоялось, и открылось новое имущество въ губерніи, гдѣ публикаціи не было, для его полученія можно сдѣлать публикацію и послѣ резолюціи суда, подобно тому, напр., какъ публикуется судомъ объ утвержденіи духовнаго завѣщанія послѣ состоявшагося опредѣленія (1066[8] ст. Зак. Гр.).

Наконецъ, послѣднее замѣчаніе. Отмѣна публикацій въ случаѣ состава наслѣдства стоимостью не свыше 100 руб. внесла большое облегченіе для неимущихъ наслѣдниковъ. Можно только пожалѣть, что граница проведена слишкомъ низко, а не на уровнѣ напр. новой подсудности дѣлъ о наслѣдствахъ мировому судьѣ, т.-е. относительно наслѣдствъ не свыше 1000 руб. Въ наше время всѣ цѣны такъ поднялись и жизнь вздорожала, что и 1000 руб. уже не высокая величина. Вѣдь въ настоящее время простая «мужицкая» лошадь стоитъ уже не менѣе 100 руб. Къ тому же наслѣдства не свыше 1000 руб. освобождены отъ пошлинъ при переходѣ къ наслѣдникамъ (202 ст. Уст. Пошл.).

Правило второй части 1239 ст. не согласовано съ правиломъ первой ея части, какъ изложено выше. Помимо того это хорошее правило не доведено до естественнаго конца, можетъ быть вслѣдствіе излишней лаконичности. По общему смыслу цитированной части 1239 ст. законъ, повидимому, отмѣняетъ печатаніе публикацій, если все наслѣдство не превышаетъ 100 руб. Но почему не распро-

Digitized by Google

странить это исключеніе и на случай, когда напр. у какого-нибудь мастерового или дворника на родинѣ имѣется значительное имущество, а при смерти его на чужбинѣ останется тамъ всего имущества на сумму менѣе 100 руб.? Какое основаніе печатать публикацію кромѣ «Сенатскихъ Объявленій» и какихъ-нибудь тамъ рязанскихъ или казанскихъ губернскихъ вѣдомостей еще и въ столичныхъ относительно этой небольшой части наслѣдства?

Казалось бы, что если наслѣдственное имущество состоитъ изъ малыхъ частей въ разныхъ губерніяхъ, то можно бы дѣйствія второй части (239 ст. Зак. Гр.) распространить и на тѣ доли, менѣе 100 руб.; казалось бы достаточно публикаціи въ «Сенатскихъ Объявленіяхъ» и мѣстныхъ «Вѣдомостяхъ» по нахожденію лишь болѣе крупныхъ наслѣдственныхъ имуществъ.

В. С. Малченко.

Digitized by Google

Право захвата воюющими коммерческихъ судовъ противника во время морской войны.

Общепризнанный взглядъ, практически проводимый въ сухопутной войнѣ, что частная собственность пользуется неприкосновенностью, все еще вызываетъ непреодолимыя затрудненія при примѣненіи его во время морской войны. Почему осталась въ дѣйствіи старая практика захвата, намъ будетъ ясно изъ разсмотрѣнія протоколовъ Гаагской конференціи мира 1907 г., какъ извѣстно, посвятившей разрѣшенію настоящаго вопроса не мало труда[1]).

Неприкосновенность частной собственности въ сухопутной войнѣ вызвана была скорѣе интересами самихъ воюющихъ, нежели соображеніями гуманности и справедливости къ жителямъ занятой непріятельской области, такъ какъ неприкосновенность эта не мѣшаетъ вторгшемуся непріятелю въ самой широкой мѣрѣ использовать рессурсы страны путемъ различнаго рода реквизицій и контрибуцій[2]). И далѣе, самый фактъ занятія со всѣми его тягостными послѣдствіями производитъ въ достаточной мѣрѣ угнетающее впечатлѣніе, способное породить мысль у подданныхъ противника и даже его правительства о необходимости окончанія войны.

Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло въ войнѣ морской. Конечно, и здѣсь ведутся, какъ и въ войнѣ сухопутной, чисто военныя операціи, какъ напримѣръ, сраженія военныхъ кораблей противниковъ, бомбардировка военныхъ портовъ, или блокада непріятельскихъ береговъ, но всѣмъ этимъ не ограничиваются при веденіи морской войны. Здѣсь, въ рукахъ воюющихъ имѣется средство[3]) —

---

[1]) Deuxième conférence internationale de la paix. La Haye 15 juin — 18 Octobre 1907. Actes et documents, t. III p. 780 слѣд.

[2]) Ихъ ограниченіе заключается въ понятіи военной необходимости. Точнѣе установить это растяжимое понятіе старалась та же конференція, выработавшая регламентъ о законахъ и обычаяхъ сухопутной войны.

[3]) Почему нейтральныя государства мирятся съ этимъ средствомъ, см. нашу статью въ «Вѣстникѣ Права», Москва, 1914 г. № 33. Одна изъ причинъ указаннаго взгляда нейтральныхъ государствъ дать возможность своимъ подданнымъ извлечь выгоды изъ торговли съ воюющими — повидимому, отступаетъ въ настоящей войнѣ на задній планъ. Судя по газетамъ, напримѣръ, Швеція принимаетъ мѣры противъ вывоза въ Германію съѣстныхъ припасовъ.

Digitized by Google

именно, воздѣйствіе на экономическую жизнь противника путемъ подавленія или даже совершеннаго уничтоженія его внѣшней торговли. Это средство направлено не столько противъ частныхъ лицъ, имущество коихъ служитъ предметомъ захвата, какъ противъ самого государства.

Дѣйствительно, захватъ непріятельскихъ торговыхъ судовъ можетъ повлечь полное замѣшательство въ странѣ противника, какъ это мы видимъ въ настоящей войнѣ на примѣрѣ съ Германіей. Съ одной стороны, опасенія подобнаго ненормальнаго положенія вызываютъ въ значительной части населенія желаніе предотвращенія войны, чего не было бы, если бы морскія операціи ограничивались чисто-военными дѣйствіями. Съ другой, въ случаѣ войны, торговый застой, перерывъ морскихъ торговыхъ сношеній со всѣми его послѣдствіями для благоденствія страны и вздорожаніе предметовъ первой необходимости усилятъ стремленія къ заключенію мира. Какъ видимъ, вышеуказанное средство — достаточно сильное и вмѣстѣ съ тѣмъ не отличается какой-либо жестокостью. Далѣе, захватъ торговыхъ судовъ въ настоящее время представляется въ совершенно другомъ видѣ, нежели раньше. Въ прежнія времена захватъ этотъ отражался непосредственно на отдѣльныхъ лицахъ, какъ арматоръ или фрахтовщикъ, и при такомъ порядкѣ захваченныя суда составляли добычу взятеля, будь это каперъ, какъ въ большинствѣ случаевъ, или военное судно. Такимъ образомъ само государство, черезъ своихъ посредственныхъ или непосредственныхъ агентовъ обогащалось на счетъ захваченнаго имущества. Государство же, подданнымъ коего принадлежало это имущество, страдало лишь косвеннымъ образомъ, такъ какъ въ крайнемъ случаѣ въ состояніи было существовать своими собственными рессурсами, произведеніями собственной почвы. Не то теперь. Съ каждымъ днемъ мореплаваніе пріобрѣтаетъ все бо́льшую роль въ экономической жизни народовъ и замѣшательство въ этой области отражается непосредственно и на самомъ государствѣ. Не говоря уже о томъ, что при современной техникѣ судостроенія торговыя суда могутъ содѣйствовать успѣху военныхъ дѣйствій и слѣдовательно ихъ потеря лишаетъ данное государство средствъ защиты или нападенія[1]), захватъ этихъ же судовъ наноситъ ударъ и тѣмъ большимъ предпріятіямъ, которыя одни только и въ состояніи сооружать крупныя торговыя суда, столь необходимыя при обслуживаніи даль-

[1]) Отчасти поэтому сами государства всячески содѣйствуютъ развитію національнаго коммерческаго флота, о чемъ см. нашу статью въ журналѣ «Русское Судоходство», Петроградъ, 1913 г. № 9.

Digitized by Google

нихъ заокеанскихъ линій, пріобрѣтающихъ все болѣе значенія въ міровой торговлѣ. Захватъ подобныхъ пароходовъ отражается уже не на отдѣльныхъ лицахъ, а на цѣлой массѣ участниковъ пароходныхъ предпріятій, акціонеровъ и т. д. Однако для существованія права захвата только въ качествѣ вышеуказаннаго средства принужденія воюющихъ другъ противъ друга необходимо полное устраненіе его прежняго характера добычи. Прежде всего, должна быть устранена корыстная цѣль, нажива. Иначе говоря, требуется отмѣна издавна установившагося призоваго вознагражденія[1]), распредѣляемаго между чинами экипажа судна — взятеля сообразно съ положеніемъ каждаго такого чина и ролью его при взятіи приза, и при этомъ не только въ отношеніи призовъ непріятельскихъ, но и нейтральныхъ, такъ какъ и въ томъ и въ другомъ случаяхъ на рѣшеніе захватить торговое судно не должны вліять какія-либо соображенія выгоды. Къ чести нашего отечества можемъ отмѣтить, что въ настоящую войну нашу съ Германіей это мѣропріятіе уже проведено въ жизнь. Высочайше утвержденнымъ 2-го августа сего года положеніемъ Адмиралтействъ-Совѣта[2]) отмѣнены ст. 35—42 раздѣла II Положенія о морскихъ призахъ 1895 г., трактующія о призовомъ вознагражденіи военнымъ судамъ, захватывающимъ призы, какъ непріятельскіе, такъ и нейтральные. Далѣе необходимо, какъ въ общихъ интересахъ самого государства, такъ и арматоровъ и фрахтовщиковъ захваченныхъ судовъ, чтобы они могли, во что бы то ни стало, продолжать свои операціи, несмотря на войну. Было бы несправедливо возлагать на нихъ однихъ послѣдствія захвата. Идея о необходимости несенія невыгодныхъ послѣдствій войны всѣмъ государствомъ въ его цѣломъ не только тамъ, гдѣ эти послѣдствія отражаются непосредственно на государствѣ, но и на его подданныхъ, находитъ въ настоящее время все болѣе сторонниковъ. Можно спорить лишь о средствахъ осуществленія этой идеи, но сомнѣваться въ выраженномъ ею принципѣ — нѣтъ основанія. Осуществленіе этой мысли мы видимъ и въ настоящей европейской войнѣ.

---

[1]) Замѣтимъ по этому поводу, что архивы нашего морского министерства, какъ Петроградскій, Николаевскій, съ которыми автору пришлось ознакомиться, полны дѣлъ, иногда весьма пространныхъ, о распредѣленіи призового вознагражденія, напримѣръ, въ Русско-турецкую войну 1806—1812 гг., Крымскую кампанію и т. д.; эти архивные документы содержатъ вмѣстѣ столь любопытныя данныя о положеніи нашей призовой юстиціи въ исторіи, и, въ частности, о либеральномъ отношеніи ея къ теперешнимъ нашимъ врагамъ, австрійцамъ, несмотря на всевозможныя злоупотребленія ихъ. Изложенію означенныхъ данныхъ мы посвятимъ особую статью въ слѣдующемъ № настоящаго журнала.

[2]) Положеніе о морскихъ призахъ, изд. 1914 г., приложеніе къ ст. 353 Морского Устава (кн. X Свода Морскихъ Постановленій).

Digitized by Google

Какъ можно судить по газетнымъ извѣстіямъ, напримѣръ, французское правительство обезпечиваетъ непрерывность морского транспорта въ Средиземномъ морѣ путемъ безплатнаго морского страхованія самимъ правительствомъ[1]) частнаго морского имущества отъ убытковъ, могущихъ произойти отъ захвата судовъ непріятелемъ. При наличіи такого страхованія[2]) пользованіе водными торговыми путями становится безопаснымъ, такъ какъ экипажъ торговыхъ судовъ принципіально не подлежитъ истребленію.

Къ сожалѣнію, прогрессирующая военно-морская техника ставитъ этому немалыя препятствія. Мѣры, подобныя предпринимаемымъ французскимъ правительствомъ, — безсильны противъ подводныхъ лодокъ и минъ, грозя мореплавателямъ не только возмѣстимымъ имущественнымъ ущербомъ, но и ихъ личной безопасности. Прежде всего это соображеніе безусловно правильно въ отношеніи минъ. Опускаемыя нашимъ противникомъ на весьма близкомъ разстояніи отъ поверхности воды нѣмецкія мины угрожаютъ не только глубокосидящимъ военнымъ судамъ, но и коммерческимъ[3]), и не пощадятъ и рыбачьихъ лодокъ. А удушливые газы, которые распространяются при взрывахъ минъ, еще ухудшатъ и безъ того тягостное положеніе лицъ, находящихся на торговыхъ судахъ. Не менѣе опасны и подводныя лодки. Не даромъ англичане забили тревогу; по иниціативѣ одного лорда за мѣсяцъ до начала настоящей войны былъ возбужденъ вопросъ, насколько современное усовершенствованіе подводнаго оружія можетъ измѣнить существовавшій доселѣ режимъ торговыхъ судовъ. Дѣло въ томъ, что, въ отличіе отъ надводнаго судна, подводная лодка

---

[1]) Въ нашихъ торговыхъ кругахъ предполагается 85% страхового риска относить на счетъ правительства; см. работы междувѣдомственнаго совѣщанія при Отдѣлѣ Торговли и Мореплаванія, «Русское Судоходство», 1914 г., № 9, стран. 41 слѣд. При этомъ страховыя общества отвѣчаютъ во всякомъ случаѣ не болѣе, чѣмъ на 250 т. р. на каждомъ суднѣ.

[2]) Какъ указываетъ N y s (Le droit international, 1912 г., т. III, стран. 457 слѣд.), мысль о возмѣщеніи убытковъ частныхъ лицъ, пострадавшихъ отъ призового права, зародилась еще въ концѣ XVII столѣтія среди французскаго законодательнаго собранія. Собраніе это предполагало учрежденіе коммерческихъ судовъ, которые предварительно какихъ-либо переговоровъ о мирѣ должны были разбирать иски о возмѣщеніи указанныхъ убытковъ. Въ настоящее время энергичная разработка вопроса ведется въ Англіи, которой весьма важно обезпеченіе морского сообщенія со странами, поставляющими ей съѣстные припасы для населенія и сырье для промышленности. Здѣсь идетъ споръ о выгодахъ прямого возмѣщенія убытковъ и страхованія. Въ пользу перваго указываютъ, что оно имѣетъ мѣсто только въ случаяхъ дѣйствительно понесеннаго вреда, тогда какъ страхованіемъ оплачивается и простой рискъ и кромѣ того страхованіе падаетъ на потребителя, противъ чего однако возражаютъ со ссылками на цифры, что предметы первой необходимости не должны дорожать благодаря увеличенію страховой преміи.

[3]) Въ прямое нарушеніе Гаагской конвенціи 1907 г. о подводныхъ минахъ, ст. 2 коей запрещаетъ ставить мины «съ единственной цѣлью прерывать торговое мореплаваніе».

Digitized by Google

не можетъ захватить приза и отвести его въ портъ, а только потопить судно[1]), и при этомъ, не спасая людей[2]). Подобное обращеніе будетъ знаменовать возвращеніе къ мрачнымъ нравамъ средневѣковья. Судя однако по отзывамъ знатоковъ военно-морского дѣла, требуемое лордомъ изъятіе подводныхъ лодокъ изъ числа военныхъ средствъ не будетъ проведено въ жизнь и слѣдовательно питаніе страны жизненными припасами окончательно подрывается.

В. Голубевъ.

---

[1]) Какъ на необходимое условіе потопленія согласно ст. 40 ниже указываемой Инструкціи и ст. 49 Лондонской декларація, — если отводъ мѣшаетъ успѣху военно-морскихъ операцій или грозитъ безопасности самого захватывающаго судна, намъ кажется, не замедлятъ сослаться при изслѣдованіи причинъ потопленія въ призовыхъ судахъ.

[2]) Правда, согласно ст. 40 недавно изданной Инструкціи о порядкѣ остановки, осмотра и задержанія, а также отвода и сдачи задержанныхъ судовъ и грузовъ (приложеніе къ ст. 26 Полож. о морск. приз. 1914 г.) требуется предварительное снятіе съ судна людей, если само судно подлежитъ уничтоженію, и та же мѣра спасенія установлена и ст. 50 Лондонской декларація о правѣ морской войны. Но возможно ли принятіе такихъ мѣръ для подводной лодки, гдѣ расчитана каждая пядь ея вмѣстимости?

Digitized by Google

Къ предстоящему государственно-правовому устройству Польши.

I.

Міровая война выдвинула и поставила на очередь цѣлый рядъ проблемъ международнаго и государственнаго права. Многія изъ нихъ, рѣшавшіяся до сихъ поръ политиками и публицистами чисто теоретически, превратились въ настоящее время въ жизненные и практическіе вопросы. Одной изъ такихъ проблемъ является польскій вопросъ. Его рѣшеніе затрагиваетъ не только судьбу 20-ти милліоннаго народа, но и интересы 170-ти милліоннаго государства.

Судьба Польши всегда привлекала взоры нашего общества, когда передъ нимъ возникала задача обновленія государственнаго строя Россіи, ибо явно ощущалась тѣсная связь вопроса польскаго съ направленіемъ внутренней политики нашей страны. Эта связь давно стала явленіемъ общепризнаннымъ и Герценъ съ полнымъ основаніемъ говорилъ, что въ одинъ единый мигъ должны быть освобождены оба народа: польскій и русскій. Съ этой точки зрѣнія, главнымъ образомъ, и разсматривали вопросъ объ отношеніи Польши и Россіи въ 1904—905 гг., когда онъ былъ поставленъ на очередь прямо и опредѣленно. Конечно, руководились еще и общимъ принципомъ удовлетворенія справедливыхъ требованій разныхъ національностей.

Но государственно-правовыя отношенія Польши и Россіи всегда имѣли и другую сторону, которая до поры до времени оставалась въ тѣни, хотя на нее давно указывали проницательные политики. Мы говоримъ о значеніи Польши для внѣшней безопасности Россіи.

Польскія провинціи расположены у границъ трехъ великихъ державъ. Два германскихъ государства, опираясь на господствующіе классы и націи, стремятся со стихійной силой на востокъ и стремленіе это по мѣрѣ экономическаго и политическаго роста Германіи и Австріи идетъ все болѣе быстрымъ темпомъ. Германизація польскихъ провинцій Пруссіи, настойчивыя попытки рас-

Digitized by Google

пространить свое вліяніе на балканскія государства, подчиненіе Турціи своему политическому гипнозу и извлеченіе изъ этого международныхъ и экономическихъ выгодъ — все это частные случаи систематическаго «Drang nach Osten». Но на этомъ пути сильнѣйшимъ препятствіемъ для Германіи и Австріи является Россія. Какъ великая держава вообще, являющаяся къ тому же въ извѣстномъ смыслѣ центромъ притяженія для остального славянства Россія, въ своей международной политикѣ часто принуждена была поддерживать и интересы другихъ славянскихъ государствъ и національностей. Впрочемъ та роль, которую Россія сыграла въ дѣлѣ освобожденія южнаго славянства, всегда умалялась ея отношеніемъ къ западному славянству, главнымъ образомъ участіемъ въ раздѣлѣ Польши.

Польскія провинціи трехъ государствъ въ силу своего географическаго положенія становятся неизбѣжно при столкновеніяхъ ближайшимъ объектомъ и ареной борьбы враждующихъ державъ. Поэтому позиція, которую займетъ польское населеніе въ этой борьбѣ, окажетъ вліяніе на ходъ, слѣдовательно, въ извѣстной мѣрѣ и на исходъ войны. Также и въ мирное время доброжелательное или недоброжелательное отношеніе населенія окраины къ государству справедливо учитывается какъ факторъ, укрѣпляющій или ослабляющій государственный организмъ. Наконецъ, къ польскимъ провинціямъ того государства, которое обезпечитъ поляковъ наилучшими политическими, матеріальными и моральными условіями жизни, будутъ тяготѣть зарубежныя польскія земли.

Съ этой мыслью считалась Австрія. Своимъ отношеніямъ къ полякамъ послѣ 1867 г. австрійской власти удалось достигнуть ихъ лойяльности въ отношеніи къ дуалистическому государству. Пониманіе этого не было чуждо и германскимъ властямъ: когда около четверти вѣка тому назадъ русско-германскія отношенія сильно испортились, въ Германіи — при Каприви — началась недолгая примирительная политика къ полякамъ. И теперь, во время войны, нѣмцы сулятъ имъ всякія выгоды. Вѣдь въ критическіе моменты обѣщаній не жалѣютъ. Гораздо менѣе ясна была эта сторона вопроса русскимъ офиціальнымъ кругамъ, хотя въ нашей публицистической литературѣ она была выдвинута довольно ясно и опредѣленно уже давно.

Тотчасъ же послѣ созданія Германской имперіи извѣстный русско-украинскій публицистъ и ученый М. П. Драгомановъ, учитывая будущее международное положеніе только-что созданной имперіи, доказывалъ необходимость и намѣчалъ путь къ разрѣшенію поль-

Digitized by Google

скаго вопроса на ряду съ другими національными вопросами нашей западной окраины[1]).

Уже тогда онъ предвидѣлъ возможность столкновенія Германской имперіи съ Россіей. Въ своей статьѣ «Восточная политика Германіи и обрусеніе» онъ указывалъ на то, что «въ Австріи и Германіи есть люди, цѣлыя партіи, которые считаютъ необходимой войну съ Россіей и отторженіе отъ нея Польши, что къ этой войнѣ и въ Германіи и въ Австріи есть приготовленія... Правительствамъ Германіи и Австро-Венгріи (особенно правительству партіи нѣмецко-мадьярской) было бы дѣйствительно выгодно выполнить программу, которую указываетъ имъ часть печати» (стр. 40). У проницательнаго писателя было ясное пониманіе того, что «облегченіемъ для операціи противъ Россіи на берегахъ Вислы — было бы враждебное русскимъ настроеніе польскаго населенія, которое Пруссія не затруднилась бы привлечь обѣщаніями національной свободы, съ которыми, впрочемъ, она бы не очень церемонилась послѣ» (стр. 40).

Имѣя это въ виду, М. П. Драгомановъ предостерегалъ отъ той политики, которой держались у насъ по отношенію къ полякамъ послѣ 1865—67 гг. Онъ осуждалъ какъ вредныя для русскаго государства стѣсненіе польскаго языка и школы, католицизма, механическое объединеніе края съ Россіей путемъ бюрократической и военной централизаціи.

Уже въ то время онъ вѣрно учитывалъ значеніе реформъ, которыя Австрія дала Галиціи въ 60-хъ годахъ. «Польская народность въ Австріи, — писалъ М. П. Драгомановъ, — уже ничѣмъ не можетъ быть остановлена въ своемъ развитіи научномъ, литературномъ и политическомъ... Выгодно ли для единства Россійской имперіи, если поляки привислинскіе будутъ тянуть нравственно къ Кракову?» (стр. 58), спрашивалъ онъ и совершенно правильно отвѣчалъ: «Врядъ ли это будетъ способствовать усиленію связи Польши съ Россіей, а не дѣйствовать въ обратномъ смыслѣ» (стр. 182).

При такомъ глубокомъ пониманіи будущихъ судебъ Польши и Россіи — М. П. Драгомановъ, предлагая рядъ отдѣльныхъ реформъ, выставляетъ общій принципъ политики, отмѣченный печатью широкой терпимости и государственной мудрости: «признать Россійскую имперію съ ея не только Малою и Бѣлою Русью, но и Литвой и Польшей, съ Балтійскимъ краемъ и Финляндіей, съ уніатствомъ,

[1]) М. П. Драгомановъ, Восточная политика Германіи и обрусеніе. Стр. 1—219. Статья эта напечатана въ «Вѣстникѣ Европы» 1872, кн. II—V. Она перепечатана въ книгѣ: М. П. Драгомановъ, Политическія сочиненія, т. I, изд. подъ ред. И. М. Гревса и Б. А. Кистяковскаго. М. 1908, стр. VIII+LXXXII+486.

Digitized by Google

католицизмомъ, протестантствомъ... и еврействомъ...—это значило бы стать на такую высоту, съ которой только и можно побивать на голову всѣ сепаратизмы» (стр. 130).

Это было сказано уже 43 года тому назадъ. Однако вѣрныя и глубокія мысли проницательнаго публициста такъ и остались чисто литературнымъ фактомъ, мало кому извѣстнымъ.

Много лѣтъ спустя, въ 1909 г. передъ русскимъ обществомъ выступилъ извѣстный польскій публицистъ-народовецъ г. Р. Дмовскій со своей книгой: «Германія, Россія и польскій вопросъ». Основныя мысли этой книги были не совсѣмъ новы: ихъ высказывалъ уже М. П. Драгомановъ. Болѣе того, постановка вопроса у М. П. Драгоманова была вѣрнѣе и шире. Онъ подходилъ къ объединенію Германіи съ точки зрѣнія гуманитарной, «общечеловѣческой», по его выраженію; натискъ нѣмцевъ на востокъ онъ считалъ дѣломъ и идеаломъ не народа, а господствующихъ, «политическихъ» классовъ, народъ же для него былъ «der grosse Unbekannte». Г. Романъ Дмовскій въ качествѣ націоналиста разсматриваетъ нѣмецкія стремленія какъ борьбу національностей, борьбу германизма съ славянствомъ. Даже въ нѣмецкой соціалъ-демократіи, съ ея вліяніемъ на международное рабочее движеніе, онъ видитъ безсознательное орудіе того же пангерманизма. Что касается польскаго вопроса, то г. Р. Дмовскаго онъ интересуетъ прежде всего какъ польскаго патріота, тогда какъ М. П. Драгомановъ разсматривалъ его преимущественно съ точки зрѣнія русской государственности.

Какъ бы то ни было, г. Р. Дмовскій въ яркой формѣ вновь поставилъ интересующій насъ вопросъ предъ русскимъ обществомъ. Онъ говоритъ о рядѣ новыхъ фактовъ, событій и положеній. Съ одной стороны онъ указываетъ на быстрое экономическое и международно-политическое развитіе Германіи послѣ объединенія и на превращеніе Австріи въ ея орудіе и единомышленницу. Съ другой стороны, говорится объ ослабленіи мощи Россіи послѣ войны и революціи и о замѣтномъ вліяніи Германіи на внутреннюю и внѣшнюю политику Россіи. Отсюда онъ дѣлаетъ между прочимъ, и тотъ, въ данный моментъ особенно интересующій насъ, выводъ, что политика Россіи въ Польшѣ, ослабляющая эту окраину, ведетъ къ дальнѣйшему ослабленію Россіи. Но и идеи г. Р. Дмовскаго остались такимъ же чисто литературнымъ явленіемъ, какъ и идеи М. П. Драгоманова, пока война не выдвинула ихъ на очередь уже въ качествѣ вопроса практической политики.

Чѣмъ бы ни кончилась война — вопросъ о созданіи на окраинѣ Россіи дружественнаго, привязаннаго не за страхъ, а за совѣсть населенія остается въ силѣ. Разрѣшеніе его въ положительномъ

Digitized by Google

смыслѣ диктуется не только моральнымъ достоинствомъ Россіи, но и соображеніями политической выгоды. Власть не можетъ больше утѣшать себя мыслью, что съ Германіей у насъ наилучшія отношенія. Было бы также неосторожно строить разсчеты на ослабленіе милитаризма въ Германіи въ силу ея демократизаціи, которая, вѣроятно, произойдетъ въ результатѣ неудачной войны: демократизація страны еще не предполагаетъ непремѣнно ослабленіе военной мощи. Такъ республиканская Франція въ военномъ отношеніи стала выше Франціи Наполеона III, а Россія при плохой конституціи оказалась сильнѣе самодержавной Россіи 1904 г.

Въ свѣтѣ сознанія серьезности указанныхъ задачъ русское общество такъ единодушно и привѣтствовало обращеніе Верховнаго Главнокомандующаго къ полякамъ, которое явилось офиціальнымъ признаніемъ важности разрѣшенія польскаго вопроса во всей широтѣ его.

На ряду съ этими соображеніями общаго характера — разореніе польскихъ земель войной является новымъ обстоятельствомъ, указывающимъ на необходимость немедленнаго введенія реформъ въ управленіи краемъ. Польша — эта русская Бельгія — по обѣ стороны границы явилась театромъ величайшихъ сраженій, какія только извѣстны въ всемірной исторіи. Она непосредственно приняла всѣ удары, направленные на все государство. Поэтому элементарная государственная справедливость требуетъ предоставленія ей всѣхъ средствъ къ залечиванію ея ранъ. Задачи возрожденія Польши, стоящія предъ государствомъ, чрезмѣрны. Изъ 10 губерній — непріятель побывалъ въ 9. По приблизительнымъ подсчетамъ погибло $10^0/_0$ національнаго богатства Польши на сумму около 2 милліардовъ руб. Разрыты и выбиты поля; сожжены села и лѣса. Затоплены шахты, разрушены фабрики, ограблены магазины. Часть промышленности перешла навсегда въ другіе районы Россіи — центральный и южный. Сотни тысячъ крестьянъ и рабочихъ, тысячи фабрикантовъ, коммерсантовъ, служащихъ — разорены.

Что же сможетъ сдѣлать здѣсь наша окраинная бюрократія? Въ этомъ случаѣ не можетъ, конечно, помочь никакая опека сверху даже наиболѣе благожелательнаго начальства. Въ виду колоссальности задачъ нужно немедленно призвать къ самодѣятельности всѣ живыя силы самого польскаго народа, создавъ необходимыя государственно-правовыя нормы для этой дѣятельности.

Само польское населеніе въ лицѣ своихъ руководящихъ партій многократно и опредѣленно высказывалось о формѣ политической самодѣятельности: объ автономной Польшѣ съ сеймомъ. Русское

Digitized by Google

общество въ свою очередь признало справедливость этого требованія, а теперь необходимость широкаго областного самоуправленія признана въ обращеніи Верховнаго Главнокомандующаго къ полякамъ. Этотъ актъ является исходнымъ пунктомъ новыхъ русско-польскихъ отношеній. Онъ переноситъ вопросъ изъ сферы теоретически необходимаго на почву реально-политическихъ осуществленій.

II.

Въ настоящее время представляется небезынтереснымъ взглянуть, какъ складывались государственно-правовыя отношенія Россіи и Польши за послѣднія 100 лѣтъ.

Нынѣшнее Царство Польское образовалось изъ большей части Герцогства Варшавскаго. Герцогство съ 1807 по 1815 г. составляло отдѣльное государство, которое въ 1815 г. постановленіемъ Вѣнскаго конгресса было соединено съ Россійской Имперіей «посредствомъ своей конституціи». Согласно акту конгресса присоединенные къ Россіи поляки должны были получить національное представительство и другія національныя учрежденія. Вскорѣ послѣ этого Александромъ I была подписана конституція Царства Польскаго, явившаяся отчасти результатомъ международнаго договора, а отчасти послѣднимъ плодомъ либерализма Александровской эпохи.

Связь, которая устанавливалась этой конституціей между Царствомъ Польскимъ и Россійской Имперіей, была реальная унія[1]). Общими органами для обоихъ государствъ были наслѣдственный монархъ Россійской Имперіи и учрежденія для внѣшнихъ сношеній: министерство иностранныхъ дѣлъ, посланники, консулы. За исключеніемъ этихъ органовъ — всѣ другія учрежденія Царства Польскаго были отдѣлены отъ россійскихъ. Польша имѣла отдѣльную армію, которая не могла быть употребляема внѣ Европы. У нея былъ особый бюджетъ, свой государственный долгъ, своя монета, особые законодательные, исполнительные и судебные органы.

Всѣ должностныя мѣста замѣщались поляками. Офиціальнымъ языкомъ во всѣхъ учрежденіяхъ былъ польскій.

По типу своему конституція Царства Польскаго была близка къ французской Хартіи 1814 г.

Законодательная власть Польши осуществлялась королемъ (царемъ) и 2 палатами — сенатомъ и палатой депутатовъ. Палаты

[1]) Въ данномъ случаѣ мы придерживаемся мнѣнія Б. Н. Чичерина, бар. Б. Э. Нольде и г. Зембржускаго. Другой взглядъ защищали профессора Мартенсъ и Коркуновъ. Они полагали, что Польша была инкорпорирована въ Россію въ качествѣ автономной провинціи. Профессоръ же Сеньобосъ считаетъ эту связь личной уніей.

Digitized by Google

собирались каждые 2 года на 30 дней. Въ сенатъ входили принцы императорской крови, епископы, воеводы и каштеляны. Палата депутатовъ состояла изъ 128 человѣкъ. Изъ нихъ 77 выбирались на уѣздныхъ сеймикахъ дворянами-землевладѣльцами, а 51 на собраніяхъ сельскихъ и городскихъ общинъ (гминъ). Въ составъ собраній общинъ входили землевладѣльцы не-дворяне, платящіе какіе-либо налоги; фабриканты и ремесленники, купцы, духовенство, учащіе, художники, т.-е. довольно значительное число членовъ общины, за исключеніемъ дворянъ, собиравшихся на сеймикахъ, и крестьянъ. Въ компетенцію сейма входило обсужденіе и принятіе законопроектовъ гражданскихъ, уголовныхъ и относящихся къ устройству управленія; законодательная инціатива, однако, принадлежала королю. Проекты могли вноситься какъ въ сенатъ, такъ и въ палату депутатовъ. Послѣ того какъ они были одобрены одной изъ палатъ — въ другой они должны были приниматься en bloc, безъ измѣненій или быть цѣликомъ отвергнутыми. Послѣ утвержденія монархомъ проектъ становился закономъ. Затѣмъ, вѣдѣнію сейма подлежали вопросы финансоваго характера и бюджетъ. Сеймъ устанавливалъ увеличеніе, уменьшеніе и измѣненіе налоговъ, податей и др. государственныхъ повинностей, лучшіе и наиболѣе справедливые способы ихъ распредѣленія; монетную систему; наборъ рекрутовъ и пр. (ст. 91). Если сеймъ не принималъ новаго бюджета, то до слѣдующей сессіи оставался въ силѣ старый. Однако дѣйствіе бюджета прекращалось само собою по истеченіи 4-хъ лѣтъ, если сеймъ въ этотъ періодъ времени не созывался (ст. 93). Относительно отчета о положеніи страны, составлявшагося Государственнымъ Совѣтомъ Польши, палаты представляли королю свои мнѣнія. Существовала судебная отвѣтственность министровъ передъ Верховнымъ судомъ. Депутаты избирались на 6 лѣтъ, при чемъ каждые 2 года $^1/_3$ палаты возобновлялась.

Исполнительная власть во всемъ объемѣ была въ рукахъ короля, всѣ акты котораго должны были быть контрассигнованы соотвѣтственнымъ министромъ. Въ отсутствіи короля его власть переходила къ намѣстнику, который по § 6 долженъ быть гражданиномъ Царства Польскаго или принцемъ императорской крови. Посредникомъ въ сношеніяхъ короля съ намѣстникомъ являлся статсъ-секретарь при особѣ короля, тоже полякъ.

Намѣстникъ управлялъ страной при помощи совѣщательнаго органа — Государственнаго Совѣта Царства Польскаго. Этотъ послѣдній дѣлился на Совѣтъ управленія и Общее собраніе Государственнаго Совѣта. Въ Совѣтъ управленія — кромѣ намѣстника-

Digitized by Google

предсѣдателя — входили 5 министровъ и другія, особо назначенныя королемъ лица. Общее собраніе Государственнаго Совѣта состояло изъ предсѣдателя-короля или намѣстника, министровъ, государственныхъ совѣтниковъ, mâitres de requêtes (докладчиковъ)[1]) и другихъ лицъ по особому назначенію короля. Функціи Государственнаго Совѣта заключались въ составленіи законопроектовъ, контролѣ надъ чиновниками, разрѣшеніи споровъ о компетенціи властей, въ провѣркѣ отчетовъ, ежегодно составляемыхъ всѣми отраслями управленія, и затѣмъ въ наблюденіи за нарушеніями конституціи. Въ качествѣ отдѣльныхъ отраслей управленія образовано было 5 министерствъ (комиссій): 1) вѣроисповѣданія и просвѣщенія, 2) юстиціи, 3) комиссія внутреннихъ дѣлъ и полиціи, 4) военная, 5) финансовъ и казначейства. Царство Польское дѣлилось на 8 воеводствъ (губерній), во главѣ которыхъ стояли воеводскія комиссіи. Наконецъ, были слѣдующіе органы самоуправленія: воеводскіе совѣты, городскія и гминныя (сельскія) управленія.

Судъ по 138 ст. являлся независимымъ учрежденіемъ. Судьямъ гарантировались несмѣняемость и независимость. Низшимъ судебнымъ установленіемъ былъ Мировой Судъ, затѣмъ шли суды первой и второй (для апелляціи) инстанціи и Высшій Судъ въ Варшавѣ. Сверхъ этого конституція устанавливала особую Верховную Національную Палату (въ составѣ всѣхъ членовъ Сената) для разбора дѣлъ о государственныхъ преступленіяхъ и проступкахъ высшихъ должностныхъ лицъ, которыя привлекались къ отвѣтственности Сенатомъ (§ 152).

Вмѣстѣ съ тѣмъ конституціей провозглашался рядъ гражданскихъ свободъ: была признана свобода личности (однако король оставлялъ за собой право производить аресты); свобода вѣроисповѣданія, при чемъ католическая религія должна явиться предметомъ особыхъ заботъ правительства; провозглашалась свобода печати. Конфискація имущества, какъ мѣра наказанія, отмѣнялась навсегда.

Таковы основныя черты этого акта. Недостатки конституціи 1815 г. очевидны. Форма государственнаго соединенія — реальная унія — нашла бы въ настоящее время мало защитниковъ. Затѣмъ особая армія, сословно-цензовое избирательное право, излишне продолжительные сроки депутатскихъ полномочій, отсутствіе у сейма права инициативы, недостаточное развитіе гражданскихъ свободъ и другія черты строя дѣлаютъ невозможнымъ и маложе-

[1]) Мы пользовались нѣмецкимъ текстомъ конституціи, напечатаннымъ въ сборникѣ Pölitz'a, Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789, III B. Leipz. 1833.

Digitized by Google

лательнымъ возстановленіе акта 1815 г. И все же это была конституція. А такой строй, такъ сильно отличавшійся отъ россійскаго, ставилъ власть въ двойственное положеніе: самодержавная власть и бюрократія великой страны съ трудомъ мирились съ конституціонными порядками Польши. Поэтому конституція систематически нарушалась, и эти нарушенія шли все болѣе быстрымъ темпомъ. Въ Польшѣ недовольство росло. Вслѣдъ за іюльской революціей въ Парижѣ и августовской въ Брюсселѣ — вспыхнуло въ 1830 г. ноябрьское возстаніе въ Польшѣ. Черезъ 8 мѣсяцевъ оно было подавлено. Въ результатѣ Царство Польское лишилось конституціи. Но, желая избѣгнуть вмѣшательства европейскихъ державъ, Николай I подписалъ 14 (26) февраля 1832 г. грамоту, извѣстную подъ названіемъ Органическаго Статута[1]). Этимъ актомъ Царство Польское изъ конституціоннаго государства превратилось въ край съ особымъ управленіемъ. Особыя гражданскія и уголовныя уложенія, городское и сельское самоуправленіе, польскій языкъ — оставались въ силѣ. Но отдѣльная польская армія уничтожалась; армія имперіи впредь объявлялась единой. Чиновники теперь могли быть назначаемы и не изъ поляковъ. Личная свобода и свобода вѣроисповѣданія гарантировались, но права печати низводились до уровня россійскихъ.

Польскій народъ терялъ право вліять на законодательство страны. Законодательныя дѣла должны были вноситься во вновь учреждаемый въ Россійскомъ Государственномъ Совѣтѣ Департаментъ Дѣлъ Царства Польскаго. Народное представительство свелось къ глухо упоминаемому въ концѣ Статута (стт. 53—54) Собранію областныхъ чиновъ, имѣющему совѣщательный голосъ. Роль этихъ «Собраній чиновъ» заключалась въ разсужденіи о дѣлахъ, относящихся къ общимъ пользамъ всего Царства Польскаго. Составъ и порядокъ дѣйствій ихъ было обѣщано опредѣлить особо.

Наиболѣе важное, что Статутъ предоставлялъ Польшѣ, было отдѣльное управленіе. Отдѣльное управленіе поручается Совѣту Управленія Царства Польскаго подъ предсѣдательствомъ намѣстника, при участіи министровъ (предсѣдателей комиссій), генеральнаго контролера и другихъ членовъ. Совѣтъ Управленія избираетъ кандидатовъ на мѣста епископовъ, министровъ, государственныхъ совѣтниковъ, членовъ Высшаго Суда и на нѣкоторые другіе высшіе посты. Особый Государственный Совѣтъ Царства Польскаго состоитъ изъ предсѣдателя-намѣстника, который по стт. 25 и 31 получаетъ преобладающее значеніе

---

[1]) Текстъ его см. въ Полн. собр. (II) Зак. Росс. имп. VII, 1832, № 5165.

Digitized by Google

въ обоихъ высшихъ учрежденіяхъ, изъ министровъ, генеральнаго контролера и государственныхъ совѣтниковъ. Помимо нѣкоторыхъ функцій, оставшихся Гос. Совѣту отъ 1815 г., на него возлагается разсмотрѣніе годовой смѣты Царства Польскаго и донесенія генеральнаго контролера, а также разсмотрѣніе представленій «о нуждахъ и пользахъ края» областныхъ чиновъ и совѣтовъ воеводствъ. Но обязанность слѣдить за нарушеніями конституціи у Государственнаго Совѣта отнята. Для административныхъ дѣлъ вмѣсто прежнихъ 5 остается только 3 министерства (комиссіи): 1) внутреннихъ, духовныхъ дѣлъ и просвѣщенія, 2) комиссія юстиціи и 3) финансовъ и казначейства.

Важно отмѣтить, что органы самоуправленія были оставлены населенію. По ст. 1 «всѣ доселѣ существовавшія въ городахъ и сельскихъ обществахъ, дарованныя имъ мѣстныя права и установленія оставались на прежнемъ основаніи и въ прежней силѣ». Затѣмъ особыя дворянскія и окружныя (не дворянскія) собранія выбирали совѣтниковъ въ Совѣты воеводствъ, на обязанности которыхъ лежало: 1) избраніе судей на судебныя мѣста двухъ первыхъ инстанцій, 2) попеченіе и представленія правительству о нуждахъ воеводства и 3) составленіе списковъ кандидатовъ на разныя должности (ст. 52). Однако слѣдуетъ замѣтить, что по ст. 26 Статута чиновниками теперь могутъ быть назначены и не поляки и власть при назначеніяхъ необязана руководиться списками кандидатовъ, представляемыми различными общественными органами.

Что касается суда, то принципъ несмѣняемости терпитъ значительный ущербъ (въ отношеніи назначенныхъ судей). О независимости суда Статутъ умалчиваетъ. Въ отличіе отъ конституціи 1815 г. (ст. 10) за государственныя преступленія должны были судить по законамъ, совпадающимъ съ общероссійскими, и за преступленія этого рода теперь допускается конфискація имущества (ст. 12).

Финансы, банкъ и нѣкоторыя другія кредитныя учрежденія, государственный долгъ, высшая счетная палата — имѣютъ особыя управленія.

Таковы характерныя черты новаго порядка управленія, который долженъ былъ установиться по Органическому Статуту 32 г. на мѣстѣ конституціи 1815 г.

О недостаткахъ Статута съ современной точки зрѣнія говорить почти что излишне. Укажемъ хотя бы на то, что законы для края изготовлялись въ петербургскихъ канцеляріяхъ; не былъ опредѣленъ ни составъ избирательныхъ коллегій и въ особенности представительства, ни функціи представительства; имперская власть

Digitized by Google

получала право насаждать въ краѣ чуждое ему чиновничество; задачи администраціи, которыя нынѣ такъ разрослись, понимались въ 1832 г. очень примитивно (всего 3 министерства).

Но и при всемъ этомъ, если конституція 1815 г. терпѣла частыя нарушенія только въ отдѣльныхъ своихъ установленіяхъ, то Органическій Статутъ 32 года — несмотря на свой умѣренный характеръ — въ цѣломъ никогда не былъ осуществленъ. Режимъ Паскевичевскаго періода (1831—1856 гг.) вовсе не соотвѣтствовалъ этимъ нормамъ и былъ въ духѣ Николаевской эпохи. Если мы все же остановились на Статутѣ 32 года, то потому, что въ 60-е годы — въ эпоху великихъ реформъ — сдѣлана была попытка реформировать и польскій строй на основахъ этого Статута.

Послѣ Крымской войны въ Польшѣ быстро народилъ духъ національной оппозиціи. Недовольство проявлялось въ различныхъ формахъ. Правительство пыталось смягчить бюрократическій гнетъ и маркизу Велепольскому было довѣрено проведеніе реформъ въ духѣ Органическаго Статута. Вотъ что говоритъ объ этомъ польскій публицистъ Владиславъ Студницкій[1]):

«Органическій Статутъ не инкорпорировалъ Царство Польское, но лишь уничтожилъ его конституціонное учрежденіе. Въ періодѣ съ 1831 по 1860 гг. русская политика объединенія упразднила многія отдѣльныя учрежденія Царства Польскаго. Реформы 1861 и 1862 гг. возстановляли во всѣхъ областяхъ отдѣльное управленіе этого края. Нуженъ былъ лишь одинъ шагъ — возстановленіе сейма и конституціонныхъ гарантій, и въ общихъ чертахъ наступило бы возстановленіе отношеній Царства Польскаго къ имперіи на началахъ 1815 г. Но этотъ шагъ былъ немыслимъ, Александръ II находилъ, что онъ «не можетъ дать конституцію Польшѣ, не надѣливши ею Россію», а послѣднюю онъ считалъ не подготовленной къ конституціонному устройству» (стр. 65).

Въ 1863 г. вспыхнуло въ Польшѣ возстаніе, которое и на этотъ разъ было подавлено. Первые годы послѣ возстанія правительство колебалось на какой путь ему стать; но затѣмъ оно опредѣленно повернуло на путь реакціи и съ 1867 г. реформы стали уничтожаться и началась безудержная политика принудительнаго обрусенія и насильственнаго объединенія Польши съ Россіей. Исчезло даже понятіе Царства Польскаго, превратившагося въ Привислинскій край.

Новая великая волна, всколыхнувшая Россію черезъ четыре десятка лѣтъ послѣ памятной эпохи великихъ реформъ Импера-

[1]) Вл. Студницкій, Польша въ политическомъ отношеніи отъ раздѣловъ до нашихъ дней. С.-Пб. 1908, 198 стр.

Digitized by Google

тора Александра II, принесла полякамъ еще меньше. Въ манифестѣ 17-го октября, положившемъ юридическую грань между старой и новой Россіей, о полякахъ не говорится ни слова. Правда, по избирательному закону 11 декабря 1905 г. поляки получили въ Государственной Думѣ 36 депутатскихъ мѣстъ, но указомъ 3 іюня 1907 г. это число было сокращено до 12, что не соотвѣтствуетъ ни численности населенія, ни повинностямъ, которыя несетъ край по отношенію къ Россіи, ни справедливымъ желаніямъ польскаго народа. Если эпоха 1905 и 1906 гг. принесла Польшѣ нѣкоторыя культурныя права въ видѣ относительной свободы печати и частныхъ учебныхъ заведеній съ преподаваніемъ на польскомъ языкѣ, то въ административномъ отношеніи положеніе Царства Польскаго въ «конституціонной» Россіи даже ухудшилось. Съ 1906 г. до настоящаго времени Польша управляется на основаніи военнаго положенія. Этотъ режимъ, характерный въ сущности для военной оккупаціи завоеванной страны, могъ оправдываться въ правительственныхъ сферахъ пока не грянула военная гроза. Теперь же сама власть сознала несоотвѣтствіе его ни реальнымъ интересамъ Россіи, ни политическимъ и нравственнымъ убѣжденіямъ русскаго народа. Эти новыя задачи Россіи по отношенію къ Польшѣ нашли свое отраженіе и въ Польшѣ.

III.

Изъ обращенія Верховнаго Главнокомандующаго къ полякамъ вытекаетъ рядъ важныхъ слѣдствій:

1) Актъ такой высокой важности и изданный въ исключительный моментъ русской исторіи заключаетъ въ себѣ опредѣленное публично-правовое обязательство.

2) Объявляется «воскресеніе польскаго народа» путемъ уничтоженія границъ, разрѣзавшихъ на части живое тѣло польскаго народа.

3) Это воскресеніе польскаго народа должно воплотиться въ форму государственно-правового единства («мечта вашихъ отцовъ и дѣдовъ можетъ осуществиться». «Да возсоединится онъ (польскій народъ) воедино». «Возсоединится Польша, свободная въ... самоуправленіи»).

4) Подъ единствомъ, о которомъ говорится въ обращеніи, понимается не какая-нибудь абстрактная, чисто нравственная связь націи (она всегда существовала у поляковъ), но одна изъ формъ самоуправленія. («Возсоединится Польша, свободная... въ самоуправленіи».)

Digitized by Google

5) Польша должна быть самоуправляющейся (автономной) областью Россійской имперіи. («Да возсоединится онъ воедино подъ скипетромъ Русскаго Царя»).

6) Національныя меньшинства должны быть гарантированы въ своихъ правахъ: («одного ждетъ отъ васъ Россія — такого же уваженія къ правамъ тѣхъ національностей, съ которыми связала васъ исторія»).

Особенно важное значеніе имѣетъ обѣщаніе полякамъ единства. Это единство должно найти свое выраженіе въ государственно-правовомъ устройствѣ Польши. Земскія учрежденія въ десяти или пятнадцати губерніяхъ Польши не приводили бы къ ея объединенію. Для выполненія обѣщанія должны быть созданы органы, обнимающіе Польшу въ цѣломъ.

Каково же должно быть государственно-правовое устройство, которое повело бы къ достиженію этой цѣли?

Конституція 15 г. и Статутъ 32 г., обзоръ которыхъ мы дали въ предыдущей главѣ, могли бы послужить развѣ только матеріаломъ для рѣшенія поставленныхъ задачъ, но не быть перенесенными въ жизнь. Они не соотвѣтствуютъ практическимъ потребностямъ ни современной Россіи, ни Польши, а съ точки зрѣнія принциповъ современной конституціонной теоріи не выдерживаютъ критики. Притомъ ихъ юридическое значеніе для настоящаго времени весьма спорно, если не сомнительно: дѣйствіе ихъ было прекращено послѣ возстаній и много десятилѣтій они оставались безъ примѣненія. Такимъ образомъ при опредѣленіи будущаго государственнаго устройства приходится исходить не изъ соображеній историческаго характера, а изъ болѣе реальныхъ требованій современности.

Прежде всего слѣдуетъ принять во вниманіе тотъ уровень политическаго правосознанія, на какомъ находятся наиболѣе благопріятно поставленныя части польской націи. Вѣдь обѣщанныя Польшѣ воскресеніе, свобода и новая жизнь во всякомъ случаѣ предполагаютъ, что поляки должны получить не менѣе того, что они имѣли до сихъ поръ въ другихъ государствахъ.

Посмотримъ на права поляковъ въ Галиціи. По извѣстному § 19 основныхъ законовъ 67 г. поляки (вмѣстѣ съ другими народностями) имѣютъ право охранять и развивать свою національность и свой языкъ. Равноправность ихъ языка признается государствомъ въ школѣ, управленіи и государственной жизни. По областному закону 67 г. для осуществленія этихъ правъ Галиція пользуется областной автономіей. Народное представительство — это однопалатный сеймъ во Львовѣ, который состоитъ изъ 154 членовъ.

Digitized by Google

Онъ избирается на 6-лѣтній срокъ на основаніи широкого избирательнаго права. Сеймъ надѣленъ довольно широкими культурными, хозяйственными и политическими полномочіями; созывается онъ ежегодно. Средства, которыми онъ располагаетъ, образуются обычно изъ $10^0/_0$-наго дополнительнаго сбора къ прямымъ государственнымъ налогамъ, изъ доходовъ отъ имуществъ и др. Исполнительный органъ сейма — областная управа — состоитъ изъ 6 человѣкъ, которые избираются изъ состава сейма. Она завѣдуетъ дѣлами управленія, назначаетъ и смѣщаетъ чиновниковъ, является офиціальнымъ представителемъ сейма и пр. Предсѣдатель сейма и областной управы, спеціальный министръ по дѣламъ Галиціи въ имперскомъ министерствѣ и намѣстникъ — назначаются изъ поляковъ центральной властью. Они располагаютъ значительными полномочіями и фактически должны опираться на довѣріе польскаго коло въ рейхсратѣ. Галиція имѣетъ своихъ чиновниковъ; офиціальный языкъ — польскій и малорусскій.

Этими правами галицкіе поляки пользуются уже почти 50 лѣтъ. Для нихъ, слѣдовательно, возсоединеніе и свобода имѣютъ цѣнность и интересъ постольку, поскольку «братски протянутыя руки» Россіи, объединяя ихъ въ государственно-правовомъ единствѣ съ остальной частью ихъ народа, не умаляютъ ихъ правъ.

Русская часть Польши, совершенно безправная политически, многіе годы лелѣяла мысль о полной независимости Польши. Но за послѣднія 50 лѣтъ вмѣстѣ съ перемѣнами соціально-экономическими — измѣнилось и политическое правосознаніе поляковъ. Сильно-развившаяся промышленность связала край съ русскими рынками. Значительныя группы населенія заинтересованы теперь въ прочной связи Польши съ Россіей и многіе изъ старыхъ политическихъ лозунговъ потеряли прежнее значеніе для этихъ группъ. Оскудѣніе шляхты привело къ тому, что традиціи стараго повстанчества, боровшагося за независимую Польшу — потеряли почву. Выступленіе новыхъ соціальныхъ силъ и національностей (евреи), выходъ изъ подполья съ его кружковымъ раціонализмомъ на арену открытой политической борьбы, гдѣ необходимы болѣе точный учетъ своихъ и чужихъ силъ, пониманіе интересовъ, связывающихъ Польшу и Россію — все это воспитало новое, болѣе реалистическое мышленіе. И вотъ мы видимъ, что всѣ политическія силы страны, несмотря на различія ихъ общаго міросозерцанія, партійности и класса высказываются за областную автономію Царства Польскаго съ сеймомъ во главѣ. Рабочія соціалистическія партіи съ ихъ интернаціональными тенденціями сошлись въ этомъ требованіи съ ультра-націоналистической партіей народовой демократіи, руководящей крестьянами;

Digitized by Google

радикальная интеллигенція, группирующаяся въ прогрессивную (постемповую) партію — съ умѣренными реалистами (угодовцами) изъ верхнихъ слоевъ польскаго общества.

Польское Коло внесло даже во 2-ю Государственную Думу готовый законопроектъ автономіи Польши[1]).

Тѣ слои русскаго общества, которымъ дороги судьбы Россіи, въ свою очередь признаютъ необходимость и своевременность удовлетворенія справедливыхъ требованій польской окраины Россіи.

Современное государство, какъ оно сложилось на европейскомъ континентѣ, требуетъ «сильной» власти. Автономія же и есть та форма соединенія, которая не препятствуетъ функціямъ сильной, централизованной власти, и въ то же время предоставляетъ полную свободу наибольшему развитію мѣстныхъ силъ. Автономія Польши, слѣдовательно, вполнѣ допустима и съ этой точки зрѣнія. Русская власть также признала это въ обращеніи къ полякамъ.

Однако опредѣлить ближе тѣ формы, въ которыя выльется польское областное самоуправленіе, пока невозможно. Это будетъ зависѣть отъ соотношенія политическихъ силъ, отъ степени пониманія властью ея государственныхъ задачъ, отъ международнаго разрѣшенія національныхъ вопросовъ и другихъ факторовъ, не поддающихся предварительному учету.

Несомнѣнно одно: автономный строй съ сеймомъ въ Варшавѣ, земство, городское самоуправленіе и гражданскія свободы быстро возродятъ разоренный край. Конечно, указанныя реформы нуждаются въ тщательной предварительной обработкѣ и проведеніи черезъ Государственную Думу. Но есть одна насущная реформа, которая требуетъ безотлагательнаго осуществленія: это — вернуть полякамъ родной языкъ. Какъ это важно для населенія, можно судить хотя бы по тому факту, что въ 1905 г. половина (600) сельскихъ гминъ Царства Польскаго постановила введеніе польскаго языка въ гминѣ вмѣсто русскаго. Излишне доказывать необходимость имѣть школу на польскомъ языкѣ. Не можетъ крестьянинъ посылать своихъ дѣтей въ частныя, дорогія и безправныя школы, гдѣ только и разрѣшенъ польскій языкъ. Ему нужна общественная польская школа. Также очень стѣснительна необходимость брать посредниковъ, знающихъ русскій языкъ, при обращеніи въ суды, особенно въ низшіе, рѣшающіе ежедневныя, мелкія дѣла. Несомнѣнно, введеніе польскаго языка въ учебныя заведенія и мѣстныя

---

[1]) Текстъ его напечатанъ въ приложеніи къ книгѣ проф. А. Погодина, Главныя теченія польской политической мысли (1863—1907). С.-Пб. 1908.

Digitized by Google

учрежденія Польши является одною изъ наиболѣе неотложныхъ потребностей края.

Въ будущемъ году исполняется столѣтіе конституціи Царства Польскаго. Пожелаемъ же, чтобы эта годовщина явилась для польской націи не только поводомъ къ печальнымъ воспоминаніямъ, но осуществленіемъ «завѣтной мечты ихъ отцовъ и дѣдовъ». А это скоро и вѣрно поведетъ Россію и къ увеличенію ея внѣшняго могущества и къ устройству ея внутренней жизни.

Я. Г. Емельяновъ.

Digitized by Google

Литературное Обозрѣніе.

А. Горбуновъ. Основы гражданской свободы въ Англіи. М. 1914. 160 стр. Ц. 50 к. Тип. Т-ва Сытина. «Библіотека законовѣдѣнія».

Работа А. В. Горбунова не является вполнѣ новинкой: часть ея была издана въ 1905 г. «Донскою Рѣчью» въ видѣ брошюры подъ названіемъ «Гарантіи личной свободы въ Англіи». Въ вышедшемъ теперь изданіи къ ранѣе напечатанному очерку «о неприкосновенности личности и жилища» прибавленъ рядъ новыхъ главъ и, такимъ образомъ, въ лежащей передъ нами книжкѣ разсматриваются почти всѣ права гражданской свободы въ Англіи.

До сихъ поръ у насъ не было небольшого, доступнаго по изложенію труда по данному вопросу. Желавшимъ ознакомиться въ общемъ видѣ съ положеніемъ этой отрасли англійскаго права въ цѣломъ обычно приходилось обращаться ко II части книги Дайси. Кромѣ того, въ 1905—6 гг. было издано около десятка брошюръ по разбираемымъ вопросамъ, но онѣ по разнымъ причинамъ почти исчезли съ книжнаго рынка и при томъ въ нихъ разсматривались отдѣльные виды гражданскихъ свободъ. Такимъ образомъ, вышедшую книжку А. В. Горбунова приходится привѣтствовать уже потому, что она заполняетъ существующій въ литературѣ пробѣлъ.

Однако и по существу мы имѣемъ здѣсь обогащеніе нашей научной литературы, такъ какъ настоящая работа А. В. Горбунова обладаетъ несомнѣнными внутренними достоинствами. Она написана просто, толково, опытной рукой. Вся книга пропитана духомъ демократизма и законности. Со стороны содержанія трудъ выполненъ также вполнѣ удовлетворительно и съ знаніемъ предмета. Изъ этой сравнительно небольшого размѣра книжки читатель можетъ почерпнуть много фактическихъ свѣдѣній.

Авторъ въ своей книжкѣ не занимается ни теоріей субъективныхъ публичныхъ правъ, ни опредѣленіемъ относящихся сюда понятій и ихъ анализомъ. У него болѣе конкретная цѣль. Онъ знакомитъ въ рядѣ небольшихъ очерковъ въ доступномъ изложеніи съ исторіей и современнымъ положеніемъ гражданской свободы въ Англіи.

Digitized by Google

Въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, гдѣ ему приходится коснуться Россіи, онъ въ 2—3 строчкахъ кратко, но отчетливо отмѣчаетъ контрастъ въ порядкахъ обѣихъ странъ.

Отдѣльныя главы книжки, въ общемъ, написаны по одному и тому же плану. Начинается каждый очеркъ историческимъ описаніемъ того тяжелаго положенія и безправія, которыя царили прежде на мѣстѣ теперешнихъ порядковъ. Затѣмъ излагаются пути, средства и формы борьбы за каждую свободу. Дальше идетъ описаніе нынѣшняго правового и фактическаго положенія гражданскихъ свободъ и, наконецъ, указываются гарантіи, которыми обезпечиваются соотвѣтствующія права. При этомъ авторъ неоднократно обращаетъ вниманіе читателя на индивидуальное и общественное значеніе англійскихъ свободъ.

Книга разбита на 7 главъ. Слѣдуя порядку главъ, мы укажемъ на немногія замѣченныя нами упущенія и особенности.

Въ исторической части I главы (о неприкосновенности личности и жилища) замѣчается нѣкоторая раціонализація, а также упрощенность и слишкомъ общій характеръ изложенія. Здѣсь гораздо чаще, чѣмъ это сдѣлано, слѣдовало бы говорить о правахъ бароновъ, прелатовъ, помѣстнаго рыцарства, горожанъ, чѣмъ о правахъ вообще англичанъ. Затѣмъ трудно говорить о консервативности англичанъ, по крайней мѣрѣ тѣхъ изъ нихъ, которые являются... новаторами. Быть можетъ этихъ упрощеній исторіи трудно было избѣгнуть именно вслѣдствіе самого характера и рамокъ научно-популярной работы. Однако на исторической части слѣдующей главы эти условія почти не отразились: несмотря на свою краткость характеристика реформаціи вышла очень удачной въ отношеніи ясности и точности. — Въ этой II главѣ (о свободѣ совѣсти) мы не можемъ согласиться съ тѣмъ утвержденіемъ (на стран. 70), что свобода церкви и свобода совѣсти получили свое осуществленіе въ Америкѣ уже въ XVII вѣкѣ. Если указанные принципы и были тамъ провозглашены въ это время, то общее офиціальное признаніе и полное осуществленіе ихъ едва ли совершилось раньше войны за независимость, т.-е. значитъ не раньше конца XVIII вѣка.

Въ главѣ III выясняется значеніе свободы печати, собраній и союзовъ. Слѣдующая IV глава посвящена свободѣ печати въ частности. Что касается свободы слова (устнаго), то А. В. Горбуновъ не подвергаетъ ее отдѣльному разсмотрѣнію, хотя и говоритъ о ней немного въ этой же главѣ. Въ V и VI главахъ говорится о митингахъ, обществахъ и союзахъ. Въ частности авторъ останавливается на рабочихъ и другихъ демократическихъ организа-

Digitized by Google

ціяхъ: тредъ-юніонахъ, кооперативахъ, обществахъ взаимопомощи, просвѣтительныхъ и благотворительныхъ обществахъ. Къ сожалѣнію, отсутствіе въ этомъ мѣстѣ свѣдѣній о политическихъ рабочихъ партіяхъ Англіи дѣлаетъ главу устарѣлой лѣтъ на 10. Вѣдь созданіе крупныхъ рабочихъ партій измѣнило специфическій характеръ англійскаго рабочаго движенія, отличавшій его отъ континентальнаго. Кромѣ того при изложеніи исторіи обществъ и союзовъ не упомянутъ исключительно важный законъ 1825 г. о коалиціяхъ, положившій начало открытому существованію тредъ-юніоновъ. Въ VII и послѣдней главѣ изслѣдуется вліяніе исключительныхъ законовъ на состояніе гражданскихъ свободъ.

Давая окончательную оцѣнку англійскихъ порядковъ авторъ доказываетъ, что существованіе свободы въ Англіи не отразилось неблагопріятно на безопасности государства, несмотря на то, что у англійскаго народа и теперь есть достаточно причинъ быть недовольнымъ существующимъ политическимъ и соціальнымъ строемъ. Въ «Заключеніи» подчеркивается упорная и дружная борьба англичанъ за свои свободы. Нѣкоторыя изъ понятій, относимыхъ иногда по тѣмъ или инымъ основаніямъ къ числу гражданскихъ свободъ, не разсматриваются въ рецензируемой книжкѣ. Таковы: тайна частной корреспонденціи, свобода петицій, свобода образованія, свобода промысловъ, свобода стачекъ. О свободѣ передвиженія кратко говорится въ I главѣ.

Сдѣланныя нами нѣсколько замѣчаній не мѣшаютъ намъ пожелать широкаго распространенія этой хорошо написанной и содержательной книжкѣ. Она въ общемъ удачно совмѣщаетъ характеръ популярной и вмѣстѣ съ тѣмъ научной работы.

Въ приложеніи имѣется краткій указатель литературы предмета. Издана книжка хорошо.

Я. Г. Емельяновъ.

Проф. Л. А. Шалландъ. Иммунитетъ народныхъ представителей. Юридическое изслѣдованіе. Т. II. Часть догматическая (452, 34). Юрьевъ. 1913. Цѣна 3 рубля.

Въ кругу вопросовъ, непосредственно связанныхъ съ проблемой народнаго представительства, стоитъ вопросъ о депутатской неприкосновенности и безотвѣтственности. Достаточно бѣгло перелистать исторію любого парламента въ любой періодъ его дѣятельности, чтобы почувствовать всего жгучесть и жизненность подобной темы.

Digitized by Google

Нашему парламенту нѣтъ и десяти лѣтъ, а сколько разъ и какъ остро вставалъ передъ нимъ вопросъ объ иммунитетѣ его сочленовъ. Но не прошедшія судьбы этого института и не перепитіи борьбы за установленіе депутатской безотвѣтственности приковываютъ вниманіе современнаго изслѣдователя. Времена Фортескью и Томаса Смиса прошли и для него проблема иммунитета сводится къ догматической конструкціи и обоснованію этого института. Этой проблемѣ и посвященъ второй томъ работы проф. Шалланда, начинающійся разсмотрѣніемъ различныхъ предлагавшихся въ наукѣ обоснованій иммунитета.

Ученіе о народномъ суверенитетѣ, такъ ярко выдвигавшееся во всей политической доктринѣ французской революціи, легло въ основу построенія, предложеннаго нѣмецкой наукой государственнаго права въ началѣ XIX вѣка. И до сихъ поръ доктрина народнаго суверенитета находитъ своихъ убѣжденныхъ защитниковъ. Проф. Шалландъ, вслѣдъ за Дюги, Моро, Оріу, отказывается видѣть юридическій принципъ въ ученіи о народномъ суверенитетѣ. Поэтому онъ отвергаетъ его въ качествѣ возможнаго обоснованія иммунитета. Столь же отрицательно относится авторъ и къ возможности выдвинуть какъ такое обоснованіе теорію раздѣленія властей. И здѣсь проф. Шалландъ дѣйствуетъ въ полномъ согласіи съ большинствомъ современныхъ изслѣдователей. Онъ расходится съ ними, когда отвергаетъ возможность обосновывать иммунитетъ на существѣ тѣхъ функцій, которыя лежатъ на народныхъ представителяхъ. Это ученіе было разбито впервые въ 1891 г. Зейдлеромъ и поддержано въ изслѣдованіяхъ Губриха, Шпигеля и недавно у насъ проф. Жижиленко.

Критика проф. Шалланда основана на томъ соображеніи, что наиболѣе яркой и специфической функціей народнаго представительства является законодательство. Одновременно съ тѣмъ развитіе современнаго государства подчеркиваетъ важность участія народнаго представительства въ управленіи. Но матеріальное законодательство принадлежитъ не одному парламенту, а также главѣ государства и органамъ мѣстнаго самоуправленія, члены которыхъ иммунитетомъ не пользуются. Слѣдовательно, нельзя связывать иммунитетъ съ этой функціей. Если же связать его съ функціей управленія, то тогда придется иммунизировать и органы управленія, что явно невозможно. Однако едва ли необходимо связывать особыя права членовъ законодательныхъ палатъ непремѣнно съ главнѣйшей ихъ функціей. Эти особыя права должны выводиться не изъ главнѣйшей, а изъ особой функціи народныхъ представителей, дѣйствительно отличающей ихъ отъ членовъ всѣхъ остальныхъ

Digitized by Google

государственныхъ органовъ; функція, отправленіе которой какъ разъ способно вызывать столкновенія съ представителями исполнительной власти; это — контроль надъ послѣдней, принадлежащій только палатамъ; только онъ одинъ и вызываетъ необходимость устраненія всего, что стоитъ на пути къ свободному осуществленію этой функціи.

Собственное опредѣленіе проф. Шалланда: иммунитетъ — послѣдствіе не функцій, несомыхъ депутатомъ, а того положенія, которое парламентъ занимаетъ въ системѣ государственныхъ учрежденій и той политической и соціальной среды, въ которой приходится дѣйствовать его членамъ, вызываетъ, въ связи съ предшествовавшей ему критикой, рядъ замѣчаній. Прежде всего самъ авторъ не такъ ужъ непримиримо относится къ теоріи Зейдлера, которую онъ признаетъ правильной въ примѣненіи къ такъ наз. «консеквентному» праву. Такъ ли далеко стоитъ точка зрѣнія проф. Шалланда отъ стремленія выдвинуть въ основу иммунитета особую, специфическую функцію народнаго представительства?

Догматическое изслѣдованіе всѣхъ отдѣльныхъ проблемъ, связанныхъ съ депутатской безотвѣтственностью и неприкосновенностью, выполнено проф. Шалландомъ съ такой тщательностью, которая не оставляетъ желать ничего большаго. Поэтому только исключительной научной щепетильностью автора можно объяснить упоминаніе въ предисловіи о возможности оперировать съ матеріалами исключительно русскихъ книгохранилищъ. Едва ли свѣдѣнія по нѣкоторымъ второстепеннымъ законодательствамъ Европы прибавили бы что-нибудь къ полнотѣ произведеннаго въ книгѣ анализа. Пожеланія de lege ferenda, касающіяся нѣкоторыхъ детальныхъ вопросовъ, выдвинутыхъ западно-европейской практикой, стоятъ въ полномъ соотвѣтствіи съ цѣлью этого института.

Съ понятнымъ интересомъ обращаемся къ главамъ, посвященнымъ русскому законодательству, отчасти уже появлявшимся въ печати, въ нѣкоторыхъ періодическихъ изданіяхъ. Осторожность и спокойствіе автора, которыя помогли ему разобраться въ теченіяхъ западной политической жизни, не покидаютъ его и здѣсь. Рѣшительно подчеркивая неотмѣчаемую обычно разницу стт. 15 и 16 Учрежденія Государственной Думы (намъ кажется, что это противопоставленіе только выиграло бы въ силѣ и убѣдительности отъ сравненія ст. 15 съ «иной» отвѣтственностью ст. 30 Германской имперской конституціи), проф. Шалландъ устанавливаетъ, съ одной стороны, невозможность мѣръ полицейскаго воздѣйствія на депутатскую свободу (стран. 384-385), простирающуюся и на время перерывовъ сессіи и временнаго устраненія депутатовъ по

Digitized by Google

ст. 20-й Учрежденія Государственый Думы (стран. 356). Въ то же время онъ признаетъ какъ возможность лишенія депутата свободы въ силу судебнаго приговора, не испрашивая на это согласія Думы (стран. 391), такъ и ограниченій этой свободы (стран. 392) и обысковъ, кромѣ личныхъ (стран. 393—394), даже во время сессіи. Въ главѣ о безотвѣтственности содержится подробный разборъ извѣстнаго сенатскаго рѣшенія, связаннаго съ дѣломъ Гололобова, и выясняется вся юридическая несостоятельность этого рѣшенія. Признаніе за ст. 14 Учрежденія Государственной Думы характера нормы, устанавливающей полную свободу депутатскаго слова, и за ст. 22 того же Учрежденія — характера постановленія, предусматривающаго исключительно должностные поступки депутатовъ, аргументировано здѣсь исчерпывающимъ образомъ и остается только пожелать, чтобы это мнѣніе стало скорѣй communem opinionem не только науки, но и суда.

В. Погосскій.

Н. Розинъ, ордин. проф. С.-Петербургскаго У-та. **Уголовное судопроизводство. Пособіе къ лекціямъ. Второе изданіе, измѣненное и дополненное. С.-Пб. 1914 г. Стран. 546. Ц. 3 р. 50 к.**

Разсматриваемая книга можетъ быть признана однимъ изъ лучшихъ учебниковъ по уголовному процессу. Совершенно правильно авторъ отвелъ бóльшую часть книги выясненію общихъ вопросовъ и основныхъ принциповъ уголовнаго процесса. Безусловно хороши историческіе очерки процесса и его отдѣльныхъ институтовъ: они кратки и сжаты, но въ то же время ярки и достаточно полны для учебника. То же можно сказать и объ очеркахъ отдѣльныхъ институтовъ уголовнаго процесса въ иностранныхъ законодательствахъ.

Методъ изложенія, на нашъ взглядъ, совершенно правиленъ; единственно, на что можно указать какъ на недостатокъ, — это на отсутствіе отдѣльной главы, посвященной выясненію самыхъ кардинальныхъ положеній нашего уголовнаго процесса: его гласности, устности и равноправію сторонъ. Авторъ, конечно, говоритъ объ этихъ моментахъ, но отводитъ имъ мѣсто на ряду съ «судебнымъ языкомъ»; между тѣмъ, въ виду исключительной важности въ процессѣ этихъ положеній ихъ необходимо было бы выдѣлить и остановиться на нихъ болѣе подробно.

Литературныя указанія даются въ достаточномъ размѣрѣ, но выборъ ихъ произведенъ недостаточно тщательно: совершенно не-

Digitized by Google

понятно, почему авторъ, на ряду съ учебниками такихъ выдающихся процессуалистовъ какъ Фойницкій и Случевскій, счелъ нужнымъ рекомендовать учебники Викторскаго и Познышева; а видѣть фамилію г-жи Козлининой рядомъ съ Чубинскимъ и Джаншіевымъ прямо даже какъ-то странно.

Теоретическія положенія автора, въ общемъ, нужно признать правильными; однако, нѣкоторыя его утвержденія представляются слишкомъ категоричными и недостаточно обоснованными. Къ числу таковыхъ принадлежитъ оспариваніе утвержденія, что «господствующія воззрѣнія на преступленіе и наказаніе (т.-е. на цѣль процесса. —С. Г.) опредѣляютъ и построеніе уголовнаго процесса» (стран. 10 и 11). Вѣдь, если господствуетъ воззрѣніе, требующее только примѣненія къ виновному той или иной карательной нормы, то вложенные въ организацію процесса принципы будутъ одни; если же требуется отъ процесса (по даннымъ матеріальнаго права) и выясненіе всей картины преступленія, причинъ, его вызвавшихъ, исправленіе причиненнаго имъ вреда и т. д. — то процессъ, въ извѣстныхъ частяхъ, получитъ уже иную конструкцію. Если формальное уголовное право не составляетъ части уголовнаго права матеріальнаго, то тѣсная связь между ними и взаимное ихъ другъ на друга вліяніе несомнѣнны, почему цитируемое авторомъ утвержденіе Анциферова совершенно правильно. — Нельзя согласиться и съ утвержденіемъ автора, что «уголовный процессъ не можетъ стремиться къ достиженію матеріальной истины» (стран. 17—18); «здоровое и естественное» предположеніе» о невиновности заподозрѣннаго отнюдь не исключаетъ необходимости стремиться къ достиженію матеріальной правды. Взглядъ на уголовный процессъ, принимающій въ соображеніе только тѣ данныя, которыя представлены обвинителемъ, и отбрасывающій все остальное, утѣшаясь тѣмъ, что «всякое разумное сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго», — слишкомъ узокъ: задачи уголовнаго суда болѣе широки, и забывать этого нельзя.

Оставляя въ сторонѣ еще нѣкоторыя, очень немногія и совершенно второстепенныя, положенія, которыя можно было бы оспаривать, остановимся на одномъ, заслуживающимъ, на нашъ взглядъ, самаго серьезнаго вниманія.

Говоря объ институтѣ нашего предварительнаго слѣдствія, авторъ признаетъ его построеннымъ по розыскному принципу и полагаетъ, что этотъ институтъ было бы желательно перестроить по принципу состязательному; между прочимъ, *только тогда*[1]), по

[1]) Курсивъ нашъ.

Digitized by Google

его мнѣнію, возможно будетъ и безусловно желательное допущеніе къ предварительному слѣдствію защиты.

Хотя такое утвержденіе часто встрѣчается въ нашей юридической литературѣ, но едва ли оно правильно. Въ сущности, раздѣляющіе такое мнѣніе смѣшиваютъ теорію съ практикой, то, что должно быть, съ тѣмъ, что есть. Наше предварительное слѣдствіе можетъ быть признано построеннымъ по розыскному принципу исключительно постольку, поскольку судебный слѣдователь принимаетъ всѣ мѣры къ раскрытію и выясненію уголовнаго преступленія по собственной иниціативѣ. — Въ то же время самая характерная черта инквизиціоннаго слѣдствія въ его чистомъ видѣ— безправіе заподозрѣннаго — нашимъ процессомъ отвергнута безусловно. Законъ совершенно опредѣленно предоставляетъ привлеченному въ качествѣ обвиняемаго всѣ тѣ права, коими пользуется и гражданскій истецъ и потерпѣвшій. Въ этомъ отношеніи — къ сожалѣнію, лишь отчасти и далеко не во всемъ — идетъ навстрѣчу закону и наша практика[1]), не допускающая къ предварительному слѣдствію повѣреннаго гражданскаго истца[2]), исходя изъ тѣхъ мотивовъ, что подобное допущеніе нарушило бы равноправіе сторонъ. Такимъ образомъ, «состязаніе» между «участвующими въ дѣлѣ лицами» имѣется на лицо въ полной мѣрѣ; притомъ эти лица могутъ принимать непосредственное и широкое участіе въ дѣлѣ, имѣя право обжаловать дѣйствія судебнаго слѣдователя, право присутствовать при допросѣ свидѣтелей и при другихъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ; представлять доказательства и опровергать таковыя, приводимыя противной стороной.

Такъ обстоитъ дѣло «въ теоріи», т.-е. такъ ставитъ его нашъ процессуальный кодексъ. Къ сожалѣнію, на практикѣ равноправія сторонъ на предварительномъ слѣдствіи дѣйствительно нѣтъ, ибо сторона обвиненія почти всегда усиливается путемъ присоединенія къ ней представителя прокурорскаго надзора. Однако, вмѣнять это въ вину нашему кодексу отнюдь нельзя, ибо онъ ставитъ представителя прокурорскаго надзора на предварительномъ слѣдствіи не на ряду со сторонами, а надъ ними: прокуроръ въ этой стадіи процесса совершенно не противопоставляется обвиняемому, онъ — лишь органъ, контролирующій дѣйствія судебнаго слѣдователя. Въ свою очередь, этотъ послѣдній — судья, судья такой же независимый и несмѣняемый, какъ и судья, напр., англійскій, Если же теперь такихъ судей нѣтъ или

---

[1]) Московская Судебная Палата держится иного взгляда.

[2]) Кромѣ случая, когда гражданскимъ истцомъ является юридическое лицо.

Digitized by Google

почти нѣтъ, если есть только «исправляющіе должность» ихъ, фактически находящіеся въ полной зависимости отъ прокуратуры, которая, въ свою очередь, также фактически сдѣлала себя сторо-ною въ процессѣ съ начала и до конца его, — то опять-таки нельзя ставить это въ минусъ Судебнымъ Уставамъ.

Что касается недопущенія къ предварительному слѣдствію защиты, то это, дѣйствительно составляетъ крупный недостатокъ нашего кодекса. Но утвержденіе автора, будто «надлежащее и правильное разрѣшеніе вопросъ о введеніи защиты получитъ только съ реорганизаціей самаго строя предварительнаго слѣдствія, именно, съ построеніемъ его по состязательному типу, какъ нынѣ строится окончательное производство» (стран. 271)—совершенно неосновательно. Если кому защита и сможетъ «помѣшать», такъ только слѣдователю — вѣрнѣе, «исправляющему обязанности» его — а отнюдь не самому слѣдствію: органъ слѣдственной власти достаточно внушительно вооруженъ, чтобы можно было опасаться «засилія» защиты на предварительномъ слѣдствіи. По крайней мѣрѣ, Комиссія 1863 года не побоялась внести въ законъ участіе защиты въ предварительномъ слѣдствіи, и притомъ въ гораздо болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ во всѣхъ процессуальныхъ кодексахъ континента.

Вотъ и всѣ недочеты разбираемой книги, которые заслуживаютъ указанія. Ихъ, какъ видно, очень немного, и въ общемъ этотъ учебникъ нельзя не признать заслуживающимъ самаго широкаго распространенія.

С. Гавриловъ.

П. И. Люблинскій. Памяти трехъ русскихъ криминалистовъ — И. Я. Фойницкій, Д. А. Дриль. Н. Д. Сергѣевскій. С.-Пб. 1914 г. Стран. 151. Ц. 1 руб.

Книжка П. И. Люблинскаго не представляетъ собою задуманнаго какъ одно цѣлое сопоставленія трехъ выдающихся русскихъ криминалистовъ, сравнительно выясняющаго и оттѣняющаго ихъ личности, или ученіе, или мѣсто, занимаемое ими въ исторіи развитія русской уголовной науки. Это — три этюда, въ разное время написанныхъ и пріуроченныхъ къ моменту смерти названныхъ ученыхъ, и потому они неравноцѣнны. Въ то время какъ первый этюдъ —о И. Я. Фойницкомъ — представляетъ собою не столько анализъ его ученія, сколько біографически-библіографическій очеркъ его жизни, два другихъ — о Д. А. Дрилѣ и Н. Д. Сергѣевскомъ — даютъ также и обзоръ ихъ теоретической дѣятельности.

Digitized by Google

Но если авторъ и не задается цѣлью дать концентрированный синтезъ ихъ ученій въ законченной формѣ, то и бѣглый очеркъ всѣхъ теоретическихъ трудовъ ихъ все же даетъ нѣкоторые выводы для сопоставленія ихъ между собою: настолько ярки и сами научные интересы и личности этихъ авторовъ и настолько полное выраженіе они даютъ своимъ взглядамъ. Такъ, ясно встаетъ образъ Н. Д. Сергѣевскаго, типичнаго представителя классической школы уголовнаго права въ ея позитивномъ истолкованіи. Вслѣдъ за Іерингомъ онъ отстаиваетъ компромиссный характеръ происхожденія уголовно-правовыхъ нормъ, ихъ эволюціонное развитіе въ зависимости отъ общественныхъ условій. Заимствуя у Биндинга признаніе государственности карательнаго права, онъ въ нормахъ уголовнаго права подчеркиваетъ не столько ихъ задачу организованной защиты общества, сколько стоящую за ними мощь и величіе государственной власти, охраняющей святость своихъ велѣній. Задачей уголовнаго права онъ поэтому считаетъ только догматическое изученіе нормъ права и, признавая роль соціологическаго изслѣдованія преступленія и наказанія, въ то же время рѣзко отмежевываетъ его отъ сферы уголовнаго права. Отдавая преимущественно свое вниманіе историческому изслѣдованію русскаго уголовнаго права, онъ, повторяя ошибку многихъ позитивистовъ, историческіе выводы сливаетъ съ уголовно-политическими идеалами. Эта какъ-будто лишь методологическая, а на самомъ дѣлѣ объясняющаяся всей совокупностью его личности, ошибка и оставила его въ сторонѣ отъ широкой дороги русской общественно научной мысли.

Д. А. Дриль рисуется какъ яркій представитель уголовно-антропологической школы. Но въ ученіи Дриля эта школа лишается, съ одной стороны, того суроваго отношенія къ преступнику, которое для нея характерно въ устахъ ея основателей, а съ другой,—тѣсно сближается съ принципами и выводами соціологическаго направленія. Видя въ преступникѣ прежде всего результатъ его органической природы, психофизическаго вырожденія, онъ въ то же время ставитъ послѣднее въ связь съ условіями общественной среды, въ которой живетъ преступникъ, и, соотвѣтственно этому, конструируетъ двойной рядъ мѣръ, направленныхъ и на леченіе индивида и на общественное устроеніе. Самую преступность онъ ставитъ въ рядъ съ другими формами вырожденія на почвѣ соціальныхъ условій, и «его ученіе можетъ быть названо не уголовной антропологіей, а соціальной патологіей». Но Дриль не ограничился теоретической работой, а своей неустанной борьбой съ жилищной нуждой, алкоголизмомъ, проституціей, заботой о за-

Digitized by Google

брошенныхъ и несчастныхъ дѣтяхъ сумѣлъ научные выводы претворить въ живую программу дѣятельности. Эта послѣдняя его дѣятельность и создала ему ту славу гуманиста, «большого сердца», съ которой онъ и перешелъ въ память своего народа. Несомнѣнно, что это — лучшій памятникъ и высшее оправданіе дѣла жизни всякаго юриста.

И. Я. Фойницкій встаетъ какъ несравненный мастеръ догматики русскаго уголовнаго права и процесса, какъ неустанный изслѣдователь отдѣльныхъ видовъ наказаній, какъ создатель научной дисциплины тюрьмовѣдѣнія, какъ организаторъ русской группы союза криминалистовъ. Пріобщая русскую уголовно-правовую мысль къ европейской, поднимая на огромную нравственную высоту принципы уголовнаго процесса, сочетая изученіе юридическихъ элементовъ институтовъ уголовнаго права съ изслѣдованіемъ соціологическихъ корней и уголовно-политическихъ задачъ ихъ, — онъ, конечно, навсегда останется «великимъ учителемъ русскихъ криминалистовъ».

Таковы облики этихъ трехъ русскихъ криминалистовъ: историка Сергѣевскаго, въ исторіи видѣвшаго контуры и пути будущаго, догматика Фойницкаго, въ существующія формы закона вливавшаго струю правды и нравственной чистоты, и политика Дриля, всегда горѣвшаго будущимъ и ему одному лишь служившаго до конца жизни.

И. З. Штейнбергъ.

Л. С. Таль. Трудовой договоръ. Цивилистическое изслѣдованіе. Часть I. Общія ученія. Ярославль. 1913. Стран. 422+XII.

Въ прошломъ, 1913 году вышелъ въ свѣтъ первый томъ монографіи проф. Демидовскаго лицея Л. С. Таля, подъ заглавіемъ — «Трудовой договоръ».

Книга эта вызвала къ себѣ несомнѣнный интересъ и успѣла породить вокругъ себя нѣкоторую литературу[1]).

Предметомъ изслѣдованія проф. Таля является трудовой договоръ, какъ особый договорный типъ, наблюдаемый авторомъ въ

[1]) См. статью проф. В. М. Гордона, «Очередные вопросы въ литературѣ гражданскаго права («Вѣстникъ Гражд. Права» № 8, 1913 г.); мою статью — Новыя теченія въ вопросѣ о трудовыхъ договорахъ («Право», октябрь 1914 г.); также рецензіи проф. Б. В. Попова («Право» № 7, 1914 г.) и П. По-скаго («Журналъ Мин. Юстиціи» № 9, 1913 г.); проф. В. И. Синайскаго («Юрид. Библіогр.» за 1913/14, № 3); проф. Т. М. Яблочкова («Вѣстн. Пр. и Нот.» 1913, № 35); D-r Rundstein въ «Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphil». April 1914; «Вѣстн. Евр.» апр. 1914, «Русская Мысль», апр. 1914, «Русское Богатство», ноябрь 1913.

Digitized by Google

ряду многообразныхъ, извѣстныхъ современному обороту сдѣлокъ о трудѣ. Но поставивъ себѣ цѣлью изученіе отдѣльнаго вида трудовой сдѣлки, Л. С. Таль неизбѣжно долженъ былъ столкнуться съ вопросами общаго характера, касающимися всей обширной области договоровъ о трудѣ. Между тѣмъ проблемы, относящіяся къ этой области, несмотря на чрезвычайную важность договорныхъ трудовыхъ отношеній для современнаго строя, принадлежатъ къ числу наименѣе разработанныхъ въ наукѣ гражданскаго права[1]). Вотъ почему Л. С. Талю, прежде чѣмъ приступить непосредственно къ изслѣдованію заинтересовавшаго его договорнаго типа, пришлось продѣлать значительную работу подготовительнаго характера и удѣлить въ своей книгѣ не мало мѣста общему ученію о трудовыхъ сдѣлкахъ.

Начиная свою работу съ обстоятельной критики устарѣлаго воззрѣнія на трудовыя сдѣлки, какъ на разновидность одного общаго понятія — возмезднаго пользованія, авторъ въ дальнѣйшемъ изложеніи приходитъ къ совершенно правильному, на нашъ взглядъ, выводу о необходимости обособленія всѣхъ трудовыхъ сдѣлокъ въ одну самостоятельную категорію и противопоставленія ихъ сдѣлкамъ имущественнымъ. Такое выдѣленіе трудовыхъ сдѣлокъ въ самостоятельную категорію необходимо въ виду особенностей ихъ объекта — человѣческаго труда: трудъ не есть ни часть имущества, ни предметъ собственности работника; лицо, обѣщающее свой трудъ, вводитъ въ договоръ не имущество, а самую личность свою, подвергая ее опасностямъ стѣсненія и угнетенія. Вотъ почему интересы «оборота и культуры требуютъ тщательнаго отмежеванія договоровъ, коими устанавливается право на чужой трудъ, отъ договоровъ, устанавливающихъ право пользованія чужимъ имуществомъ» (стран. 23)[2]).

Высказываясь за необходимость объединенія всѣхъ сдѣлокъ,

---

[1]) Только въ самое послѣднее время проблемы эти привлекли къ себѣ особое вниманіе западно-европейскихъ цивилистовъ. Разбираемая монографія является несомнѣннымъ симптомомъ пробудившагося и у насъ интереса къ договорамъ о трудѣ.

[2]) Останавливаясь подробнѣе на понятіи труда, какъ объекта трудовыхъ сдѣлокъ, Л. С. Таль указываетъ, что подъ трудомъ въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать юридически-релевантную дѣятельность въ чужомъ интересѣ, отправляемую обѣщавшимъ ее лично или имъ организуемую. Нѣсколько неяснымъ выраженіемъ «юридически-релевантная» авторъ обозначаетъ дѣятельность, обѣщаніе которой типично для даннаго договора, составляетъ необходимый или хотя бы обыкновенный элементъ въ его составѣ (и въ другихъ договорахъ, не трудовыхъ, нерѣдко требуется со стороны контрагентовъ извѣстная дѣятельность, но тамъ обѣщаніе этой дѣятельности является случайнымъ элементомъ, — таковъ, напр., договоръ товарищества, купли-продажи, поскольку продавецъ принимаетъ на себя обязательство доставки проданной вещи и т. п., стран. 32, 33, также 25).

Digitized by Google

имѣющихъ своимъ предметомъ обѣщаніе труда, въ особую категорію, Л. С. Таль не думаетъ, однако, чтобы возможно было построеніе имѣющаго какую-либо цѣнность для науки права родового понятія трудовой сдѣлки, по отношенію къ которому отдѣльные типы трудовыхъ сдѣлокъ являлись бы видовыми понятіями. Тутъ авторъ расходится съ новѣйшими западно-европейскими изслѣдователями — Лотмаромъ и др., пытающимися конструировать именно родовое понятіе трудовой сдѣлки. Съ точки зрѣнія автора категорія — трудовыя сдѣлки — это не родовое понятіе, а лишь «собирательное названіе» (стран. 42, слѣд.). По словамъ автора, родовое понятіе можетъ имѣть практическое значеніе для науки права и законодательства только при томъ условіи, если сложившіеся въ жизни виды трудовыхъ сдѣлокъ допускаютъ въ главнѣйшихъ пунктахъ одинаковую правовую нормировку. Между тѣмъ существующіе въ жизни типы трудовыхъ сдѣлокъ слишкомъ разнородны по своей юридической структурѣ, чтобы возможно было установить единообразіе ихъ правовой нормировки «въ главнѣйшихъ пунктахъ». Вотъ почему нельзя построить полезное въ указанномъ смыслѣ родовое понятіе трудовой сдѣлки, и можетъ итти рѣчь лишь о трудовой сдѣлкѣ какъ «собирательномъ названіи».

Мы не можемъ, однако, вполнѣ согласиться съ изложенными соображеніями автора. Въ самомъ дѣлѣ, всякое логически совершенное родовое понятіе, построенное путемъ отвлеченія признаковъ, общихъ всѣмъ обнимаемымъ этимъ понятіемъ явленіямъ, не перестаетъ быть родовымъ въ силу того только факта, что оно не признается полезнымъ и цѣннымъ для научной дисциплины, къ области которой оно относится. Если даже нельзя построить полезное въ указанномъ смыслѣ родовое понятіе, то отсюда еще нельзя заключить, чтобы вообще невозможно было построеніе логически совершеннаго родового понятія трудовой сдѣлки (хотя бы и «безполезнаго»). Понятіе трудовой сдѣлки, какъ сдѣлки, имѣющей своимъ предметомъ обѣщаніе человѣческаго труда, является какъ разъ логически совершеннымъ родовымъ понятіемъ[1]). И нѣтъ, казалось бы, основаній именовать это понятіе собирательнымъ названіемъ.

Другой вопросъ, въ какой мѣрѣ это родовое понятіе можетъ быть полезно для науки права, иными словами, въ какой мѣрѣ это по-

[1]) Обѣщаніе труда — это дѣйствительно признакъ общій всѣмъ видамъ трудовыхъ сдѣлокъ и при томъ единственный (напр., обѣщаніе вознагражденія за трудъ таковымъ признакомъ не является). Отдѣльные виды трудовыхъ сдѣлокъ могутъ быть опредѣляемы путемъ присоединенія къ общему признаку (genus proximum) характерной особенности (differentia specifica) даннаго вида (напр., обѣщаніе труда самостоятельнаго, труда служебнаго и т. п.).

Digitized by Google

нятіе объединяетъ вокругъ себя нѣкоторыя общія правовыя начала, примѣнимыя къ каждому виду трудовыхъ сдѣлокъ. При такой постановкѣ вопроса нельзя не признать, что число этихъ общихъ правовыхъ началъ не такъ велико, чтобы всѣ виды трудовыхъ сдѣлокъ допускали одинаковую правовую нормировку «въ главнѣйшихъ пунктахъ». Но во всякомъ случаѣ нѣкоторая правовая общность между всѣми видами трудовыхъ сдѣлокъ существуетъ, и проявляется она въ такой мѣрѣ, что возможно отграниченіе категоріи трудовыхъ сдѣлокъ отъ сдѣлокъ имущественныхъ. Въ этомъ отграниченіи и заключается практическое значеніе родового понятія трудовой сдѣлки. Наименованіе же этого понятія собирательнымъ названіемъ, повторяемъ, не представляется достаточно обоснованнымъ и способно только вызвать представленіе, что никакой общности правовыхъ началъ между отдѣльными видами трудовыхъ сдѣлокъ не существуетъ.

Обращаясь отъ общаго понятія трудовой сдѣлки къ отдѣльнымъ встрѣчающимся въ современномъ оборотѣ видамъ трудовыхъ сдѣлокъ, авторъ констатируетъ, что «потребность въ чужомъ трудѣ въ хозяйственной жизни удовлетворяется путемъ договора двоякимъ образомъ: или работа обѣщается работникомъ въ видѣ собственной хозяйственной дѣятельности, обособленной отъ дѣятельности работодателя (предпринимательскій трудъ), или работодатель пріобрѣтаетъ право, въ теченіе извѣстнаго времени и въ опредѣленныхъ границахъ, располагать чужою рабочею силою, какъ орудіемъ «своей хозяйственной дѣятельности (служебный трудъ)» (страница 80). Отсюда два важнѣйшихъ договорныхъ типа — договоръ о трудѣ предпринимательскомъ (подрядъ) и договоръ о трудѣ служебномъ, называемый авторомъ трудовымъ договоромъ[1]) и составляющій, какъ сказано, предметъ разбираемаго изслѣдованія.

Три признака, по мнѣнію автора, характеризуютъ трудовой договоръ: 1) приложеніе рабочей силы къ чужому хозяйству; 2) подчиненіе рабочей силы и, въ извѣстной мѣрѣ, личности работника хозяйской власти (юридическое содержаніе этой власти въ настоящее время сводится, по словамъ автора, къ праву работодателя назначать работу въ предѣлахъ, установленныхъ соглашеніемъ сторонъ, и требовать отъ работника приспособленія этимъ послѣднимъ своего поведенія къ установленному хозяиномъ внутреннему порядку; при этомъ съ хозяйской

[1]) Подобная терминологія едва ли можетъ быть признана удачной: «трудовой договоръ» — это буквальный переводъ установленнаго въ литературѣ Ф. Лотмаромъ термина «Arbeitsvertrag»; между тѣмъ у Лотмара это родовое понятіе, у Л. С. Таля — видовое. Въ результатѣ неизбѣжна нѣкоторая путаница въ терминахъ.

Digitized by Google

властью неразрывно связаны и хозяйскія обязанности); 3) несамостоятельность работника, т.-е. отправленіе во исполненіе договора не собственной хозяйственной дѣятельности, а чужой, — выполненіе тѣхъ или иныхъ постоянныхъ функцій въ чужомъ хозяйствѣ. Изъ перечисленныхъ признаковъ первый намъ представляется въ сущности излишнимъ, такъ какъ этотъ признакъ уже содержится въ третьемъ: отправленіе постоянныхъ функцій въ чужомъ хозяйствѣ само собой предполагаетъ, что рабочая сила прилагается именно къ чужому хозяйству. Зато весьма удачно найденными считаемъ мы послѣдніе два признака. Подчиненіе рабочей силы и въ извѣстной мѣрѣ самой личности работника хозяйской власти, какъ слѣдствіе хозяйственной несамостоятельности,— признаки, дѣйствительно, на нашъ взглядъ, характерные для разбираемаго договорнаго типа.

Трудовому договору авторъ противопоставляетъ договоръ предпринимательскій, опредѣляемый какъ «договоръ, коимъ одно лицо обѣщаетъ другому опредѣленную работу, лично имъ исполняемую или имъ организуемую, безъ подчиненія хозяйской власти, а другое лицо обѣщаетъ вознагражденіе за эту работу» (стран. 84).

Намъ думается, что рядомъ съ опредѣленіями трудового и предпринимательскаго договоровъ автору слѣдовало бы дать также краткую характеристику еще одному договорному типу, а именно договору найма «отдѣльныхъ услугъ». Тѣмъ самымъ 1) были бы еще болѣе оттѣнены особенности трудового договора; 2) выиграли бы въ ясности изложенія тѣ страницы (въ главѣ о положеніи трудового договора въ современныхъ законодательствахъ), гдѣ автору пришлось, хотя и мимоходомъ, коснуться законодательной нормировки найма «отдѣльныхъ услугъ». Въ частности при опредѣленіи договора найма «отдѣльныхъ услугъ» автору слѣдовало бы подробнѣе остановиться на желательной съ его точки зрѣнія квалификаціи этого договора какъ договора порученія, о чемъ лишь вскользь упомянуто на страницахъ, посвященныхъ швейцарскому, германскому и голландскому законодательствамъ.

Бо́льшую часть разбираемаго I тома монографіи Л. С. Таля занимаютъ весьма цѣнный и интересный экскурсъ въ область исторіи трудового договора и обстоятельный анализъ положенія трудового договора въ современномъ правѣ[1]). Авторъ проводитъ насъ черезъ всю исторію правовой нормировки трудовыхъ отношеній,

---

[1]) Догматическій анализъ юридической природы трудового договора авторъ обѣщаетъ дать во II томѣ, еще не вышедшемъ въ свѣтъ.

Digitized by Google

начиная съ римскаго права, останавливаясь далѣе подробно на эпохѣ среднихъ вѣковъ и, наконецъ, на исторіи найма труда въ нашемъ русскомъ правѣ. Въ главѣ о положеніи трудового договора въ современномъ правѣ авторъ яркими красками рисуетъ картину безотраднаго положенія трудового договора въ гражданскомъ законодательствѣ XIX вѣка: договоры о служебномъ трудѣ частью вовсе выдѣлены изъ области гражданскаго права (отнесены къ праву публичному), частью слиты со сдѣлками имущественными въ одну категорію возмезднаго пользованія. Наконецъ, авторъ подробно останавливается на зародившейся въ самое послѣднее время реформѣ въ области законодательства о наймѣ труда, — реформѣ, ведущей къ выдѣленію трудового договора въ самостоятельный договорный типъ, характеризуемый длительнымъ отношеніемъ власти и подчиненія между работодателемъ и работникомъ.

Въ результатѣ разсмотрѣнія книги Л. С. Таля нельзя не притти къ выводу, что эта обстоятельная и цѣнная работа представляетъ крупный шагъ впередъ въ разработкѣ одного изъ важнѣйшихъ вопросовъ цивилистики. Въ частности въ особую, на нашъ взглядъ, заслугу слѣдуетъ поставить автору то, что онъ впервые вполнѣ опредѣленно указалъ на существованіе въ ряду различныхъ видовъ трудовыхъ сдѣлокъ особаго договорнаго типа, сложившагося въ оборотѣ и въ извѣстной степени уже обратившаго на себя вниманіе новѣйшихъ гражданскихъ законодательствъ, — договорнаго типа, названнаго авторомъ трудовымъ договоромъ и весьма удачно охарактеризованнаго, какъ договоръ, установляющій извѣстную власть одного контрагента надъ другимъ.

В. Догадовъ.

В. А. Рязановскій. О посмертномъ преемствѣ супруговъ по русскому праву. Историко-догматическій очеркъ. Книгоиздательство Г. И. Сергѣева и В. Е. Чешихина. Нижній-Новгородъ. Типографія «Нижегородское печатное дѣло». Изд. 1914 г. Цѣна 1 руб. 75 коп.

Авторъ дѣлитъ свою книгу на двѣ части: историческую и догматическую.

Въ первой изъ нихъ онъ даетъ подробный обзоръ законодательныхъ актовъ о посмертномъ преемствѣ супруговъ въ ихъ хронологической послѣдовательности, начиная съ договоровъ кіевскихъ князей. Много вниманія авторомъ удѣлено и выясненію тѣхъ факторовъ, подъ воздѣйствіемъ которыхъ складывался этотъ институтъ. Главнѣйшими

Digitized by Google

изъ нихъ онъ считаетъ помѣстную систему Московской Руси и вліяніе византійскаго законодательства. Характеризируя систему наслѣдственнаго преемства Московской Руси, авторъ усматриваетъ здѣсь параллель съ частнымъ (средневѣковымъ) нѣмецкимъ правомъ и приходитъ къ выводу, что наслѣдственное право Московской Руси, подобно праву нѣмецкому, не знало универсальной сукцессіи (succescio universalis generalis). Какъ въ нѣмецкомъ средневѣковомъ правѣ, здѣсь наслѣдственное имущество не представляло изъ себя единаго цѣлаго, а распадалось на спеціальныя наслѣдственныя массы съ особымъ порядкомъ преемства въ нихъ (successio universalis specialis). Въ обоснованіи этой точки зрѣнія авторъ идетъ по слѣдамъ нѣмецкихъ ученыхъ, представителемъ взгляда которыхъ въ Россіи является баронъ Фрейтагъ-Лорингговенъ.

При освѣщеніи основной темы авторъ приходитъ къ выводу, что все законодательство Московскаго государства по отношенію къ преемству женщинъ и въ частности вдовъ сводилось къ двумъ основнымъ началамъ: къ стремленію устранить ихъ отъ наслѣдованія, какъ представленія имущественно правовой личности наслѣдодателя, и къ необходимости обезпечить имъ средства существованія (стран. 69). Вдовы не являлись не только универсальными преемницами въ имуществѣ умершихъ мужей, но и спеціальными въ какомъ-нибудь изъ составныхъ комплексовъ, на которые распадалось наслѣдство (стран. 76). Ихъ преемство носило лишь сингулярный характеръ (стран. 77) и заключалось въ правѣ на выдѣлъ опредѣленной доли изъ имущества покойныхъ мужей на прожитокъ (стран. 69). Кварта вдовца въ движимомъ имуществѣ жены развилась по аналогіи съ квартой вдовы (стран. 82).

Эти выводы для автора являются связующимъ звеномъ между первой и второй частью его труда. Онъ возвращается къ нимъ при изслѣдованіи догмы дѣйствующаго права въ цѣляхъ выясненія юридической природы преемства супруговъ. Установивъ предварительно, что̀ по римскому и современному западно-европейскому законодательствамъ слѣдуетъ разумѣть подъ наслѣдованіемъ, легатомъ и обязательной долей, онъ приходитъ къ заключенію, что юридическая природа преемства супруговъ по дѣйствующему русскому праву не соотвѣтствуетъ ни одному изъ этихъ трехъ наиболѣе важныхъ институтовъ наслѣдственнаго права (стран. 153) и даетъ ему самостоятельную юридическую конструкцію съ точки зрѣнія его историческаго происхожденія и развитія, потребностей, его вызвавшихъ, и цѣлей, которымъ онъ долженъ былъ удовлетворять. Онъ квалифицируетъ этотъ институтъ, какъ институтъ свойственный только русскому наслѣдственному праву, и называетъ его по цѣли.

Digitized by Google

имъ преслѣдуемой, «выдѣломъ на прожитокъ». Касаясь вопроса объ отвѣтственности супруга, получившаго указную долю изъ имущества умершаго супруга по долгамъ послѣдняго, авторъ, въ связи съ вышеизложеннымъ, полагаетъ, что пережившій супругъ долженъ получать указную долю только изъ чистаго актива наслѣдства, за уплатой долговъ, и въ случаѣ обращенія взысканія по долгамъ умершаго отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ полученнаго, т.-е. несетъ отвѣтственность, ограниченную размѣрами указной доли (стран. 177).

Присоединяясь вполнѣ къ взгляду автора, что указная доля имѣетъ своею цѣлью обезпеченіе пережившаго супруга, что переживший супругъ, претендующій на указную долю, долженъ получать ее изъ актива наслѣдственной массы, за вычетомъ пассива, что по долгамъ покойнаго онъ отвѣчаетъ лишь въ предѣлахъ полученнаго, мы не можемъ признать правильнымъ данное имъ объясненіе юридической природы этого института. Присвояя указной долѣ названіе «выдѣлъ на прожитокъ», онъ въ сущности ничего не объединяетъ, ибо новый терминъ самъ по себѣ юридической природы института еще не вскрываетъ. Не даетъ этого объясненія и историческое изслѣдованіе условій и причинъ возникновенія самаго института, такъ какъ здѣсь выясняются только внѣшніе факторы, вызвавшіе къ жизни этотъ институтъ, но не его правовая сущность.

«Конструировать то или иное юридическое явленіе значитъ установить его логическую связь съ системой права, указать, какое мѣсто оно должно занять въ этой системѣ, подвести его подъ одно изъ ея общихъ понятій. Въ случаѣ противорѣчія этого явленія тому или иному принципу этой системы необходимо или приспособить существующую догму къ новому или новое — къ догмѣ, т.-е. либо измѣнить существующія понятія въ цѣляхъ кооперацiи новаго, либо послѣднее путемъ искуснаго логическаго пріема привести въ такой видъ, чтобы можно было его согласить съ догмой»[1]). Этой работы авторъ въ своемъ трудѣ не совершаетъ. Его сравненіе указной доли съ основными институтами наслѣдственнаго права носитъ лишь отрицательный характеръ. Между тѣмъ онъ былъ бы неизмѣримо ближе къ цѣли, если бы послѣдовалъ за романистами и квалифицировалъ эту долю, какъ законный легатъ. Вѣдь внутренняго противорѣчія въ подобной квалификаціи онъ не усматриваетъ и самъ (стран. 151). Приводимыя имъ противъ ея пріемлемости соображенія, что институтъ вдовьей доли, какъ выдѣлъ на прожитокъ,

[1]) Ihering. Geist des röm. Rechts, II Th., Abth., 403 (1858).

Digitized by Google

чуждъ принципамъ наслѣдованія по закону, и что выдѣлъ указной доли изъ имущества живого лица, допускаемый русскимъ закономъ, находится въ противорѣчіи какъ съ понятіемъ частнаго наслѣдственнаго преемства, такъ и общаго (стран. 151), допустимости предлагаемой нами квалификаціи не устраняютъ. Первое изъ этихъ соображеній отпадаетъ потому, что здѣсь идетъ рѣчь не о наслѣдованіи по закону, а о законномъ легатѣ. Здѣсь нѣтъ наслѣдованія въ формѣ универсальной сукцессіи, а имѣетъ мѣсто, что признаетъ и авторъ, лишь сукцессія частная — т.-е. преемство правъ. На этомъ принципѣ покоится и предлагаемая авторомъ юридическая конструкція ограниченной долговой отвѣтственности получившаго указную долю. Второе соображеніе — легко устранимо, если выдѣлъ изъ имущества живого лица (свекора или тестя) мы отнесемъ къ области семейственнаго права. Пусть съ исторической точки зрѣнія преемство супруговъ — единый институтъ, пусть оно — единый институтъ и по основной идеѣ. Въ этомъ мы съ авторомъ соглашаемся. Но съ юридической точки зрѣнія единымъ институтомъ онъ признанъ быть не можетъ, ибо право рѣзко отличаетъ преемство посмертное отъ преемства между живыми. Выдѣлъ же указной доли изъ имущества живого тестя или свекора къ актамъ посмертнаго преемства причисленъ быть ни въ коемъ случаѣ не можетъ, такъ какъ нельзя говорить о посмертномъ преемствѣ въ юридическомъ значеніи этого выраженія тамъ, гдѣ въ дѣйствительности преемство совершается при живомъ правопредшественникѣ.

Установивъ теоретически правильное положеніе, что указная доля должна быть выдаваема изъ чистаго актива наслѣдственной массы, за вычетомъ долговъ, и что получатель этой указной доли несетъ ограниченную долговую отвѣтственность, авторъ, къ сожалѣнію, не даетъ отвѣта на цѣлый рядъ вопросовъ, непосредственно связанныхъ съ этимъ положеніемъ и неминуемо возникающихъ при его практическомъ осуществленіи. Въ самомъ дѣлѣ, остается совершенно невыясненнымъ, какъ производится этотъ выдѣлъ указной доли изъ чистаго актива и на кого падаетъ при данныхъ условіяхъ отвѣтственность по обремененіямъ, лежащимъ на имуществѣ, изъ коего долженъ быть произведенъ выдѣлъ указной доли; въ какомъ случаѣ получившій указную долю изъ чистаго актива отвѣчаетъ по долгамъ наслѣдодателя и какъ эту отвѣтственность примирить съ тѣмъ фактомъ, что указная доля выдается изъ чистаго актива, за вычетомъ долговъ; несетъ ли получатель указной доли эту отвѣтственность непосредственно передъ кредиторами наслѣдодателя или только передъ наслѣдниками, совершившими выдѣлъ, въ порядкѣ регресса по началу сбавки и т. п.

Digitized by Google

Внѣ отвѣта на эти вопросы самое основное положеніе остается какъ бы висящимъ въ воздухѣ, возбуждая сомнѣніе, не стоятъ ли между собою во внутреннемъ противорѣчіи заключенныя въ немъ мысли.

Обращаясь отъ этихъ общихъ соображеній къ деталямъ, мы не можемъ согласиться съ тѣмъ утвержденіемъ автора, что преемство казны не можетъ быть названо правомъ наслѣдованія (стран. 141). Мы полагаемъ, что понятіе наслѣдованія есть понятіе самодовлѣющее. Наслѣдованіе имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ совершается универсальное преемство. Слѣдовательно, всякій универсальный преемникъ долженъ почитаться наслѣдникомъ. Сущность наслѣдованія кроется не въ личности преемника[1]), а въ характерѣ преемства, въ его объемѣ. Она совершенно не подчинена тѣмъ принципамъ, на которыхъ законодатель строитъ систему законнаго преемства, ибо эти принципы, составляя вопросъ быта, теоріи и законодательной политики, не могутъ поколебать сущности правовыхъ понятій. Вѣдь Риму была извѣстна не только когнатская, но и агнатская система наслѣдованія по закону. По Герм. Улож. и чужеродецъ, принимая по духовному завѣщанію универсальное преемство, почитается наслѣдникомъ (ст. 2087 Герм. Улож.). Съ точки зрѣнія пониманія наслѣдованія какъ универсальнаго преемства совершенно безразлично и то обстоятельство, когда казна является уполномоченной заявить свое право на открывшееся наслѣдство. Какъ бы далеко ни было отсрочено заявленіе этого права, она въ свое время все равно принимаетъ наслѣдство въ качествѣ универсальной совокупности.

Нельзя согласиться съ авторомъ также и въ томъ, что право вдовы на выдѣлъ указной части изъ имущества умершаго свекора является аналогичнымъ съ правомъ представленія (стран. 182). Здѣсь нѣтъ мѣста ни jus repraesentationis ни quasi jus repraesentationis, ибо мужъ и жена — единая ступень. Это неосторожное обращеніе съ идеей права представленія приводитъ автора въ другомъ мѣстѣ къ положительной ошибкѣ. Развивая на стран. 193 мысль, что дѣти, утратившіе за давностью право на наслѣдство, оставшееся послѣ ихъ отца, тѣмъ не менѣе могутъ утвердиться къ этому имуществу въ указной долѣ матери, если послѣдняя, заявивъ просьбу о выдѣлѣ, умерла прежде удовлетворенія ея ходатайства, авторъ склоненъ разсматривать это право дѣтей, какъ

---

[1]) Преемникъ въ силу особыхъ соображеній можетъ быть поставленъ въ привилегированное положеніе. Освобожденіе казны отъ отвѣтственности по долгамъ наслѣдователя ultra vires hereditatis римское право и разсматривало въ качествѣ привилегіи фиска.

Digitized by Google

преемство въ имуществѣ отца по праву представленія за мать. Это неправильно. Жена передъ мужемъ никого представить не въ состояніи, такъ какъ супруги — не родственники. Дѣти — преемники въ указной долѣ потому, что они наслѣдуютъ въ имуществѣ матери, къ составу коего принадлежитъ и заявленная ею просьба о выдѣлѣ. Если это не редакціонная неточность, то слѣдуетъ признать ошибочной и высказанную авторомъ на стран. 180 мысль, что пережившему супругу предоставляется право на $^1/_7$ часть не только недвижимаго имѣнія умершаго, но и во всякомъ вещномъ правѣ, принадлежавшемъ послѣднему. Здѣсь авторъ относитъ къ составу недвижимаго имущества и всякое вещное право. Но это положеніе не мирится со ст. 402 Зак. Гражд., каковая, напримѣръ, закладныя причисляетъ къ имуществамъ движимымъ.

Интересенъ затронутый авторомъ вопросъ о различіи долговой отвѣтственности пожизненныхъ владѣльцевъ по стт. 1141, 1145 и по стт. 531[1], 1011 Зак. Гражд. Установить руководящаго принципа автору здѣсь не удалось. Мы полагаемъ, что объясненіе этого различія слѣдуетъ искать въ различіи самаго взгляда законодателя на наслѣдника по духовному завѣщанію и на наслѣдника по закону. Если съ точки зрѣнія дѣйствующаго права наслѣдникъ по закону — универсальный преемникъ, то наслѣдникомъ по завѣщанію можетъ быть и преемникъ сингулярный. Важно только, чтобы завѣщатель что-либо предоставилъ ему въ его личную пользу и непосредственно изъ своего имущества [1]). Съ этой точки зрѣнія, родители, вступивъ въ пожизненное владѣніе имуществомъ дѣтей, по закону не могутъ почитаться наслѣдниками и, какъ сингулярные преемники, отвѣчаютъ по долгамъ наслѣдодателя pro viribus hereditatis. Наоборотъ, пожизненные владѣльцы по духовному завѣщанію, получая въ личную пользу и непосредственно права пожизненнаго владѣнія, суть наслѣдники и должны нести неограниченную долговую отвѣтственность.

Несмотря на отмѣченные недочеты, рецензируемая книга обладаетъ рядомъ крупныхъ достоинствъ. Особо цѣннымъ качествомъ ея слѣдуетъ признать то, что авторъ сосредоточиваетъ въ ней глубокое вниманіе на интерпретаціи самаго закона по его первоисточникамъ. Такой методъ изслѣдованія сообщаетъ его выводамъ самостоятельность и устойчивость. На ряду съ основными вопросами онъ съ такою же тщательностью останавливается и на побочныхъ, тщательно детализируя тему. Использована имъ въ достаточной

---

[1]) См. нашу статью «Понятіе завѣщательнаго отказа по дѣйствующему русскому праву». «Журн. Мин. Юст.», декабрь 1913 г., стран. 130—132.

Digitized by Google

степени и литература. Указанныя качества книги даютъ полное основаніе привѣтствовать ея появленіе.

Н. Вавинъ.

Проф. В. Ф. Левитскій. Исторія политической экономіи въ связи съ исторіей хозяйственнаго быта. Харьковъ, 1914 г., цѣна 2 руб. 80 коп.

Профессоръ Харьковскаго университета, В. Ф. Левитскій взялъ на себя весьма трудную задачу составленія учебника одновременно и по исторіи политической экономіи и по исторіи хозяйственнаго быта. До сихъ поръ эти два предмета по большей части раздѣлялись, хотя связь между ними болѣе чѣмъ очевидна. Проф. Левитскій не нарушилъ этой связи, а далъ органически цѣльное изложеніе экономическихъ теорій на почвѣ развитія хозяйственнаго быта.

Блестяще справившись со своей задачей въ цѣломъ, почтенный авторъ, естественно, не могъ въ частностяхъ избѣжать нѣкоторыхъ дефектовъ. Онъ и самъ заявляетъ въ предисловіи, что его курсъ не вполнѣ законченъ, ибо въ немъ нѣтъ изложенія возрѣній австрійской школы и соціалистовъ-ревизіонистовъ. Но кромѣ этого въ книгѣ не упоминается школа земельныхъ реформаторовъ съ Г. Джорджемъ во главѣ и школа кооператистовъ, имѣющія не меньшее значеніе, чѣмъ соціалисты-ревизіонисты.

Выдерживая характеръ учебника, авторъ избѣгаетъ спорныхъ взглядовъ. Но мѣстами они все-таки вкрадываются въ его изложеніе. Такъ, на стран. 136 говорится, что община не играла замѣтной роли въ колонизаціи. Совершенно обратное утверждаетъ П. Кропоткинъ въ своей книгѣ: «Взаимопомощь, какъ факторъ эволюціи». На стран. 424 о Фурье говорится, что онъ строитъ свой фаланстеръ изъ тѣхъ же элементовъ, которыми характеризуется современное капиталистическое хозяйство и частью даже изъ самыхъ худшихъ. Намъ кажется, что ни одинъ соціалистъ не отрѣшился такъ отъ современной ему дѣйствительности, какъ Фурье, притомъ эта дѣйствительность не была вполнѣ капиталистической. На стран. 428 говорится, что въ Англіи идея кооперації приняла формы потребительныхъ, подсобныхъ и производительныхъ товариществъ. Намъ не ясно, что понимаетъ авторъ подъ подсобными товариществами въ Англіи. Вообще, тамъ развита только потребительская кооперація.

Digitized by Google

Вотъ тѣ немногія упущенія, которыя мы замѣтили, въ превосходномъ учебникѣ проф. Левитскаго. Ихъ едва ли можно признать важными и потому учебникъ можетъ быть смѣло рекомендованъ во всѣхъ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, какъ самое ясное, сжатое и приведенное въ соотвѣтствіе съ современнымъ состояніемъ экономической науки, изложеніе предмета.

В. Тотоміанцъ.

Издатель: *Проф. А. С. Алексѣевъ.*

Редакторъ: *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Книги, полученныя редакціей.

Виды на урожай въ 1914 году. Изд. Статист. отд. Моск. губерн. земск. управы. Москва. 1914.

Проф. Р. Вильбрандтъ. Значеніе потребительныхъ обществъ. Переводъ подъ ред. и съ предисловіемъ пр.-доц. В. Ѳ. Тотоміанца. Изд. «Трудъ». Москва. 1914. Цѣна 20 коп.

Вліяніе травосѣянія на отдѣльныя стороны крестьянскаго хозяйства. Вып. 7. Травосѣяніе и аренда земель. Вып. 8. Клеверъ и сѣвообороты. Изд. Статист. отд. Моск. губерн. земск. управы. Москва. 1914.

Е. Н. Данилова. Юридическая природа операціи «спеціальнаго текущаго счета». Москва. 1914. Цѣна 50 коп.

Ш. Жидъ. Исторія экономическихъ ученій. Переводъ съ франц. В. Серёжникова, подъ ред. пр.-доц. В. Ѳ. Тотоміанца. Изд. «Трудъ». Москва. 1915. Цѣна 3 руб.

П. Кованько. Реформа 19 февраля 1861 года и ея послѣдствія съ финансовой точки зрѣнія. (Выкупная операція 1861—1907 г.) Кіевъ. 1914. Цѣна 3 руб. 50 коп.

В. М. Колобовъ. «Извѣстія Московской Губернской Земской Управы» въ 1911—1913 гг. Статистич. очеркъ. Москва. 1914.

С. А. Криличевскій. Судейское усмотрѣніе въ искахъ о доходахъ и убыткахъ и кассаціонное обжалованіе. Петроградъ. 1914. Цѣна 40 коп.

П. И. Люблинскій. Памяти трехъ русскихъ криминалистовъ: И. Я. Фойницкій, Д. А. Дриль, Н. Д. Сергѣевскій. С.-Пб. 1914. Цѣна 1 руб.

Жюль Мелинъ. Назадъ къ землѣ. Авториз. переводъ съ франц. М. Таль. Подъ ред. и съ пред. пр.-доц. В. Ѳ. Тотоміанца. Изд. «Трудъ». Москва. 1914. Цѣна 1 руб. 25 коп.

Э. Мильо. Общественная экономія (наука о публичномъ хозяйствѣ). Переводъ съ франц. В. Попова подъ ред. и съ пред. М. Д. Загряцкова. Изд. «Трудъ». Москва. 1914. Цѣна 20 коп.

Новый мѣстный судъ. Сборникъ законовъ о волостномъ и мировомъ судѣ. Сост. *Г. С. Вольтке*. С.-Петербургъ. 1914. Цѣна 1 руб.

Обзоръ кустарныхъ промысловъ Московской губерніи за 1912—13 гг. Изд. Статист. отд. Моск. губерн. земск. управы. Москва. 1914.

П. Рюльманъ. Идея гражданскаго воспитанія въ Швейцаріи. Переводъ съ нѣм. И. И. Шитца. № 2 серіи «Законовѣдѣніе въ школѣ», подъ ред. доц. Е. Н. Ефимова. Москва. 1914. Цѣна 50 коп.

В. А. Рязановскій. Выморочное право. Кн-во Г. И. Сергѣева и В. И. Чешихина. Н.-Новгородъ. 1914. Цѣна 50 коп.

Его же. О посмертномъ преемствѣ супруговъ по русскому праву. Кн-во Г. И. Сергѣева и В. Е. Чешихина. Н.-Новгородъ. 1914. Цѣна 1 руб. 75 коп.

Сельскій кредитъ въ Московской губ. Сост. В. М. Колобовъ, подъ ред. и съ пред. П. А. Вихляева. Изд. Статист. отд. Моск. губерн. земск. управы. Москва. 1914.

М. І. Сургуновъ. Залогъ надѣльной (крестьянской) земли. По закону 5 іюля 1912 г. Изд. т-ва И. Д. Сытина. Москва. 1914. Цѣна 20 коп.

Гр. Павелъ Толстой. Земская Россія о реформѣ продовольственнаго законодательства въ 1909—1910 гг. Изд. Императ. вольнаго экономич. общества. С.-Петербургъ. 1914. Цѣна 3 руб.

Уставъ Гражданскаго Судопронзводства. Изд. второе, испр. и дополн. Составилъ *К. П. Змирловъ*. Изд. юридич. кн. склада «Право». С.-Петербургъ. 1914. Цѣна 5 руб.

Уставъ Уголовнаго Судопронзводства. Составилъ *Я. М. Гессенъ*. Изд. юрид. кн. склада «Право». С.-Петербургъ. 1914. Цѣна 1 руб.

Уставъ Уголовнаго Судопроизводства. Порядокъ производства въ мировыхъ судебн. установленіяхъ. Сост. *Ю. Берляндъ*. Варшава. 1914. Цѣна 40 коп.

І. Б. Фуксъ. Гомосексуализмъ какъ преступленіе. Юридич. и угол.-политич. очеркъ. С.-Петербургъ. 1914. Безъ цѣны.

Джорджъ Холіокъ. Исторія рочдэльскихъ піонеровъ. Перев. подъ ред. пр.-доц. В. Ѳ. Тотоміанца. Изд. «Трудъ». Москва. 1914. Цѣна 1 руб. 50 коп.

И. З. Штейнбергъ. Что такое «движеніе свободнаго права»? (Законъ и судья.) Москва. 1914. Цѣна 30 коп.

Digitized by Google

Приложеніе I.

Протоколы Казанскаго Юридическаго Общества за 1913 годъ.

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества 30 марта 1913 г.

Засѣданіе открыто въ $8^1/_2$ ч. вечера въ присутствіи членовъ Общества: **Н. И. Миролюбова, А. В. Завадскаго, П. Л. Ухтомскаго, Н. Ф. Стахѣева, С. А. Ушакова, М. М. Хомякова, В. Ѳ. Матвѣева, В. П. Доманжо** и 35 гостей.

Предсѣдателемъ Общества, **П. И. Миролюбовымъ,** прочтенъ докладъ на тему: «Къ вопросу о реабилитаціи» (по поводу законопроекта о производствѣ по возстановленію въ правахъ).

Преній докладъ не вызываетъ. Только **П. Ф. Стахѣевъ** дѣлаетъ указаніе на нѣкоторыя практическія затрудненія, которыя можетъ вызвать примѣненіе ст. 975^9 проекта, опредѣляющей, что въ случаѣ отклоненія просьбы о судебной реабилитаціи возобновленіе новаго ходатайства допускается не ранѣе истеченія 2-хъ лѣтъ со времени опредѣленія суда объ отказѣ.

По удаленіи гостей Общество переходитъ къ текущимъ дѣламъ. Избираются въ члены Общества Б. П. Ивановъ, Ю. Н. Фармаковскій, Д. Ю. Маннсъ, Л. А. Богородицкая и О. А. Вегеръ. Затѣмъ Общество выслушиваетъ предложеніе **М. М. Хомякова** о рядѣ мѣръ, которыя, по его мнѣнію, было бы желательно провести въ интересахъ оживленія дѣятельности Общества. Свое предложеніе М. М. Хомяковъ формулируетъ въ слѣдующихъ пунктахъ: Общество должно — 1) поставить своей ближайшей цѣлью практическую разработку права и распространеніе юридическихъ свѣдѣній; 2) придать общимъ собраніямъ характеръ научныхъ бесѣдъ, гдѣ велся бы коллоквіумъ по очереднымъ вопросамъ теоріи и практики права; въ предыдущемъ собраніи намѣчается подлежащій обсужденію вопросъ; кто-либо изъ членовъ Общества ставитъ тезисы, которые онъ взялся бы защищать, какъ научно провѣренное личное мнѣніе по данному предмету; 3) вторая часть засѣданія посвящается разбору и характеристикѣ той или другой печатной работы, вышедшей въ свѣтъ за это время; 4) обратиться къ адвокатурѣ и магистратурѣ съ просьбой нести свои недоумѣнія по вопросамъ права въ Казанское Юридическое Общество и затѣмъ избрать изъ членовъ Общества особую комиссію для разработки и подготовки къ коллоквіуму этихъ «недоумѣнныхъ вопросовъ»; 5) для возможно болѣе планомѣрной работы намѣтить опредѣленный день недѣли для засѣданій; 6) широко развить институтъ «соревнователей», вводимыхъ въ члены безъ баллотировки предложеніемъ одного изъ дѣйствительныхъ членовъ Общества.

Digitized by Google

П. И. Миролюбовъ, А. В. Завадскій, В. П. Доманжо и В. Ѳ. Матвѣевъ разъясняютъ, что та программа, которая издавна намѣчена Юридическимъ Обществомъ, не имѣетъ въ себѣ какихъ-либо органическихъ недостатковъ, могущихъ служить помѣхой для широкаго развитія научной дѣятельности Общества; если Общество за послѣднее время функціонируетъ недостаточно энергично, то объясненій этому нужно искать не въ недостаткахъ поставленной имъ себѣ программы, а въ цѣломъ рядѣ другихъ причинъ, изъ которыхъ многія при данныхъ условіяхъ момента не устранимы.

Соглашаясь съ этими указаніями, Общество признаетъ предложеніе М. М. Хомякова непріемлемымъ и переходитъ къ выбору правленія на слѣдующій годъ. Въ выборахъ принимаютъ участіе и вновь избранные члены: Маннсъ, Фармаковскій, Богородицкая и Вегеръ.

Въ предсѣдатели Общества оказывается избраннымъ В. Ѳ. Матвѣевъ, въ товарищи предсѣдателя А. А. Симолинъ, въ казначеи В. Ѳ. Баудеръ и въ секретари А. В. Завадскій и В. П. Доманжо.

Засѣданіе закрыто въ 11 ч. 30 м.

Засѣданіе 31 августа 1913 г.

Посвященное памяти профессора Г. Ф. Шершеневича, состоялось въ годовщину его смерти и привлекло значительное количество какъ членовъ Общества, такъ и гостей. По открытіи засѣданія, по предложенію предсѣдательствовавшаго проф. барона **А. А. Симолина**, собраніе почтило память покойнаго вставаніемъ.

Первая рѣчь, посвященная выясненію значенія работъ покойнаго Г. Ф. въ области догматики гражданскаго права, была произнесена бар. **А. А. Симолинымъ.** Отмѣтивъ необычайную, особенно для русскаго ученаго, продуктивность Г. Ф., многосторонность его таланта и знаній, ораторъ указалъ, что наиболѣе капитальными вкладами его въ науку надо безспорно считать «Учебникъ гражданскаго права» и «Курсъ торговаго права»; въ нихъ исключительный талантъ Г. Ф., какъ догматика, сказался во всей полнотѣ. Многократно переиздавая свой учебникъ гражданскаго права, улучшая и расширяя его съ каждымъ новымъ изданіемъ, Г. Ф. въ продолженіе около 20 лѣтъ неустанно разрабатывалъ дѣйствующее русское гражданское право въ его эволюціи.

Въ учебникахъ своихъ Г. Ф. не идетъ слѣпо за уже установившимися въ литературѣ взглядами, а всюду работаетъ вполнѣ самостоятельно, во многихъ случаяхъ высказывая впервые оригинальныя воззрѣнія, съ которыми, какъ «съ мнѣніями профессора Шершеневича», приходится считаться каждому юристу. И много такихъ «мнѣній проф. Шершеневича» въ настоящее время уже превратилось въ «communis opinio doctorum».

Къ заслугамъ Г. Ф. въ области догматики ораторъ относитъ разработку вопроса о природѣ правъ исключительныхъ и включеніе послѣднихъ въ систему гражд. права. Г. Ф. первый въ Россіи отстаивалъ взглядъ о необходимости сліянія торговаго права съ гражданскимъ, взглядъ, принятый впослѣдствіи и составителями нашего проекта Гражданскаго Уложенія.

Далѣе ораторъ останавливается на цѣломъ рядѣ вопросовъ изъ области русскаго гражданскаго права, по которымъ воззрѣнія, высказанныя впервые Г. Ф., оказались принятыми впослѣдствіи и литературой и сенатской практикой. Еще болѣе значительно было вліяніе работъ Г. Ф. въ области торго-

Digitized by Google

ваго права. Его «Курсъ торговаго права» не имѣлъ себѣ предшественниковъ въ Россіи, почему во многихъ вопросахъ Г. Ф. здѣсь приходилось быть піонеромъ; напр., онъ первый разработалъ вопросъ о системѣ торговыхъ сдѣлокъ, ученіе о несостоятельности, институтъ чека и др. Вообще можно смѣло сказать, что нѣтъ ни одного института торговаго права, гдѣ бы не сказывалось вліяніе Г. Ф. на нашу практику и литературу.

Обращаясь къ вопросу о вліяніи работъ Г. Ф. на развитіе нашего законодательства, ораторъ утверждаетъ и доказываетъ, что это вліяніе на проектъ нашего Гражданскаго Уложенія можно признать огромнымъ. Изъ отдѣльныхъ новѣйшихъ законовъ законъ объ авторскомъ правѣ во многомъ отражаетъ взглядъ проф. Шершеневича: его доводы нерѣдко дословно воспроизводились въ объяснительной запискѣ редакціонной комиссіи. Ораторъ приводитъ цѣлый рядъ статей, явившихся отраженіями мнѣній Г. Ф. Въ заключеніе ораторъ отмѣчаетъ видное участіе, которое принималъ Г. Ф. въ составленіи проекта закона о наймѣ торговыхъ служащихъ, въ качествѣ члена первой Государственной Думы.

Заканчиваетъ ораторъ свою рѣчь указаніемъ, что со смертью Г. Ф. вліяніе его воззрѣній не прекратилось, а еще долго будетъ продолжаться черезъ посредство огромнаго количества тѣхъ молодыхъ юристовъ, которые учились «по Шершеневичу» и на школьной еще скамьѣ впитали въ себя его взгляды — эти взгляды они, естественно, и будутъ проводить, вступивъ въ практическую судебную дѣятельность. Поэтому научные труды Г. Ф. многіе и многіе годы будутъ служить ему нерукотворнымъ памятникомъ, какъ одному изъ виднѣйшихъ русскихъ цивилистовъ.

Занявъ предсѣдательское мѣсто, бар. А. А. Симолинъ предоставляетъ слово **А. В. Завадскому,** произнесшему рѣчь: «Г. Ф. Шершеневичъ, какъ толкователь законовъ». Ораторъ излагаетъ основныя положенія свободной школы въ дѣлѣ толкованія законовъ, ея убѣжденіе въ томъ, что одной логики недостаточно, что конструкціи вредны, что въ конечномъ выводѣ въ толкованіи все рѣшаютъ субъективныя воззрѣнія — правосознаніе толкующихъ, что, сознавъ это, можно достичь идеала посредствомъ правильной подготовки судей, повышеніемъ ихъ общаго, особенно экономическаго образованія и воспитанія въ нихъ сильныхъ личностей. Г. Ф. Шершеневичъ по своему образованію и по своему нравственному облику представляетъ живое осуществленіе этого идеала модернистовъ. Обширными экономическими знаніями обладалъ онъ уже при выпускѣ перваго своего труда и до конца жизни онъ продолжалъ работать надъ углубленіемъ своего общаго образованія и въ области экономики и въ области исторіи, соціологіи и исторіи философіи. Какой глубины онъ въ этомъ отношеніи достигъ, это оцѣнитъ всякій, кто дастъ себѣ трудъ сравнить первыя изданія его учебника гражданскаго права съ десятымъ и перваго торговаго — съ четвертымъ. Тѣмъ болѣе любопытно узнать, какъ онъ толковалъ законы. Прежде всего онъ удовлетворялъ тому требованію модернистовъ, по которому толкователь долженъ относиться къ толкованію сознательно. Этой сознательностью отличается русская догматическая литература вообще, и, въ частности, и Г. Ф. Шершеневичу мы также не мало обязаны тѣмъ, что въ этомъ отношеніи мы имѣемъ научное первенство даже передъ постоянной нашей наставницей — нѣмецкой наукой права. Однако теоретическія воззрѣнія Г. Ф. рѣзко расходятся съ пожеланіями школы свободнаго права. Послушаніе закону (волѣ законодателя) — таковъ идеалъ Г. Ф., тексту закона — не его мотивамъ, и

Digitized by Google

этотъ идеалъ онъ обосновываетъ своими соціологическими знаніями, классовымъ происхожденіемъ нормъ права, принадлежностью органовъ власти къ господствующимъ, опасностью при творчествѣ судей законодательной медлительности. Въ законности для него — спасеніе слабѣйшихъ. И эти свои теоретическія воззрѣнія онъ строго проводилъ въ жизнь. Становясь, какъ общественный дѣятель, все лѣвѣе въ своихъ соціалистическихъ идеалахъ, въ своихъ политическихъ убѣжденіяхъ, Г. Ф., все строже и строже подчиняясь закону, предлагаетъ свои его толкованія. Достаточно прочесть его изложеніе семейнаго права, чтобы видѣть, какъ невыгодно для женщинъ, но въ духѣ закона, толкуетъ его постановленія Г. Ф. — горячій сторонникъ женскаго равноправія. Подобныхъ примѣровъ ораторъ приводитъ много и изъ другихъ отдѣловъ курсовъ. При этихъ толкованіяхъ Г. Ф. широко пользуется столь ненавистной модернистамъ конструкціей, все исцѣляясь однако отъ вѣры въ конструкціи, какъ въ существо правовыхъ явленій. На рядѣ примѣровъ ораторъ стремится показать, что опредѣленія и конструкціи Г. Ф. дѣлаются все болѣе свободными отъ нѣкоторыхъ недостатковъ, справедливо указываемыхъ представителями свободной школы. Сильное расхожденіе догматическихъ толкованій Г. Ф. съ его политическимъ міровоззрѣніемъ чрезвычайно любопытно, какъ наглядное опроверженіе одного изъ коренныхъ устоевъ всего ученія модернистовъ о правосознаніи толкующаго, какъ конечномъ факторѣ всякаго толкованія. Примѣръ Г. Ф. особенно разителенъ потому, что въ политическихъ идеалахъ своихъ онъ былъ глубоко убѣжденъ, своею жизнью онъ доказалъ, что они были для него не словами. Стремясь къ ихъ осуществленію, онъ не убоялся ни порога тюрьмы, ни потери профессорскихъ столичныхъ гонораровъ. Всякій модернистъ долженъ былъ бы признать въ немъ истинную личность. Познавательный процессъ изученія закона для сильнаго логическаго ума Г. Ф. никогда не смѣшивался съ его идеалами, къ которымъ влекло его чувство. Не менѣе любопытно, что въ силу того же самаго свойства на Г. Ф. не оправдывается и тотъ законъ, который устанавливаетъ для толкованія закона Л. І. Петражицкій. Для Г. Ф. часто ясно, что логически и то и другое толкованіе равноцѣнно, что случай сомнителенъ, и онъ открыто признаетъ это, совершенно не испытывая стремленія уничтожить одно изъ мнѣній. Ораторъ боится, что нѣкоторые изъ многочисленныхъ приведенныхъ имъ примѣровъ толкованія Г. Ф. могутъ, пожалуй, въ глазахъ нѣкоторыхъ слушателей, болѣе наклонныхъ къ свободному толкованію, казаться неумѣстными въ рѣчи, посвященной чествованію почившаго, какъ можетъ показаться неумѣстной и нѣкоторая полемика со взглядами покойнаго учителя — можетъ быть, въ глазахъ нѣкоторыхъ слушателей, но не для свѣтлой памяти покойнаго учителя. Ничто не было ему такъ дорого, какъ истина и наука, — ему, державшему корректуру послѣдней своей работы за часъ до смерти. Въ самыя тяжелыя минуты жизни, въ минуты крушенія политическихъ надеждъ, въ тяжелыя минуты личной жизни онъ искалъ и находилъ утѣшеніе только въ научной работѣ. Сильный въ наукѣ, онъ охотно позволялъ ученикамъ оспаривать его воззрѣнія, и въ устныхъ спорахъ съ нимъ ученики проходили блестящую школу, благодарную память о которой они понесутъ до своей могилы. О любви ихъ къ учителю отлично говоритъ, какъ это ни кажется сначала страннымъ, такой фактъ: годъ назадъ, въ хмурый осенній день, опускала Москва Г. Ф. въ могилу; много было произнесено рѣчей, но ни слова не было сказано стоявшими тамъ его ближайшими учениками, тѣми,

Digitized by Google

которые избирались имъ и готовились у него къ научной дѣятельности — такъ дѣти не могутъ говорить надъ могилой родного.

Баронъ А. А. Симолинъ сообщаетъ, что третья назначенная на сегодня рѣчь **В. П. Доманжо**, «Г. Ф. Шершеневичъ, какъ преподаватель», не можетъ состояться по болѣзни В. П., и закрываетъ собраніе.

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества при Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ 29 сентября 1913 г.

Засѣданіе открыто товарищемъ предсѣдателя бар. **А. А. Симолинымъ** въ присутствіи членовъ Общества: **Л. А. Богородицкой, А. Я. Бродского, М. С. Венеціанова, К. Г. Горнштейна, В. П. Доманжо, А. В. Завадскаго, И. И. Зедерштедта, Н. И. Миролюбова, Н. Ф. Стахѣева** и 22-хъ посторонихъ посѣтителей. Бар. **А. А. Симолинъ** напомнилъ собранію объ утратѣ, понесенной русской юридической наукой въ лицѣ скончавшагося сенатора и профессора И. Я. Фойницкаго, заслуги котораго такъ велики, и о смерти дѣйствительнаго члена общества А. М. Марко, скончавшагося на отвѣтственномъ посту члена гражданскаго отдѣленія Казанскаго окружнаго суда, начиная съ своей кандидатской работы, всегда горячо интересовавшагося вопросами гражданскаго права, судьи, преданнаго началамъ судебныхъ уставовъ. Предсѣдатель предложилъ почтить память ихъ вставаніемъ. Собраніемъ принято это предложеніе, послѣ чего А. А. Симолинъ сообщилъ, что Н. И. Миролюбовымъ дано обѣщаніе сказать въ ближайшемъ засѣданіи Юридическаго Общества рѣчь памяти заслугъ И. Я. Фойницкаго. Такъ какъ на очереди стоитъ докладъ самого предсѣдателя, то А. А. Симолинъ предлагаетъ на дальнѣйшую часть засѣданія избрать особого предсѣдательствующаго. Таковымъ избирается А. В. Завадскій, предоставляющій слово бар. А. А Симолину, прочитавшему докладъ «Замѣчанія на законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки»[1]). Послѣ пятиминутнаго перерыва открыты пренія по докладу.

К. Г. Горнштейнъ, раздѣляя въ общемъ замѣчанія докладчика, желаетъ дать еще нѣкоторыя добавленія къ нимъ. Рѣдкій законъ вызывалъ столько интереса до своего появленія, какъ законъ о правѣ застройки: шла широкая агитація, образовывались общества арендаторовъ; съ какимъ волненіемъ слѣдили за прохожденіемъ проекта въ законодательныхъ учрежденіяхъ, особенно въ Государственномъ Совѣтѣ, гдѣ второй его отдѣлъ прошелъ однимъ голосомъ. Каковы же результаты послѣ одного года и трехъ мѣсяцевъ вступленія закона въ дѣйствіе? Ихъ не видно и о нихъ не слышно. Въ Казани заключено всего два договора о правѣ застройки. Чѣмъ это объясняется? Надо имѣть особый интересъ, чтобы послѣ закона, продолжившаго право аренды до 36 лѣтъ, нанимающій землю стремился къ сравнительно громоздкому институту застройки. Скажутъ, а полномочія, предоставляемыя второй статьей? Но отчасти имѣетъ ихъ и арендаторъ (наслѣдованіе), отчасти они малоцѣнны (сервитутъ). Преимущество вещнаго права передъ обязательственнымъ плохо воспринимается не-юристами. Поэтому единственное цѣнное, что могло бы развивать въ жизни застройку, это — право залога. Къ сожалѣнію, приходится согласиться цѣликомъ съ докладчикомъ, считающимъ,

[1]) Напечатанъ въ «Вѣстникѣ Гражд. права» 1913 г., № 7, 21—46.

Digitized by Google

что право на постройки не поставлено закономъ въ положеніе составной части права застройки: постройки — движимая вещь — собственность застройщика. Понятно поэтому, что подъ одно право застройки безъ построекъ ипотечнаго кредита давать охотно не будутъ. Хотя и есть сенатское разъясненіе, облегчившее залогъ движимыхъ вещей (1901, № 6), все-таки при дѣйствующихъ законахъ гражданскихъ залогъ безъ принятія залогодержателемъ себѣ вещи, съ оставленіемъ ея у залогодателя, совершенно не можетъ разсматриваться, какъ дѣло вѣрное. Закономъ о правѣ застройки будутъ пользоваться не тѣ, кто такъ ждалъ его изданія, а лица, желающія обойти другой законъ — воспрещеніе купить надѣльную землю. Вмѣсто покупки будетъ совершаться договоръ застройки. Положеніе едва ли достойное. Оппонентъ не можетъ согласиться только съ толкованіемъ второго пункта 26 статьи, предложеннымъ докладчикомъ. На практикѣ стороны приходятъ нерѣдко оформить ихъ юридическое отношеніе уже послѣ исполненія части лежащихъ на нихъ обязанностей; возможно, что постройка уже возведена. Обязанъ ли въ этомъ случаѣ нотаріусъ отказать въ совершеніи договора, въ виду п. 2 статьи 26? Думается, что нѣтъ. Такое толкованіе противорѣчило бы цѣли закона, да кромѣ того, при буквальномъ толкованіи, предлагаемомъ докладчикомъ, его можно было бы обходить, приписавъ въ договорѣ, что надо еще возвести какую-нибудь мелкую постройку сверхъ существующей, напр. баню и т. п. И относительно толкованія второго отдѣла оппонентъ примыкаетъ къ докладчику.

Практическое примѣненіе его чрезвычайно затруднительно. Надо еще добавить, что этотъ отдѣлъ касается только тѣхъ арендныхъ отношеній, по которымъ до дня обнародованія закона о застройкѣ не только были заключены договоры, но и самыя постройки были уже возведены, что годовой срокъ статьи 5 является преклюзивнымъ.

Съ другой стороны, въ отличіе отъ докладчика, оппонентъ предполагаетъ, что суды болѣе льготно будутъ толковать слово «намѣреніе» статьи 2, выводя его, напр., уже изъ самаго факта постройки большого дома на участкѣ, сданномъ на очень краткій срокъ, что въ расчетъ погашенія статьи 4 надо брать и проценты на капиталъ, хотя объ этомъ въ законѣ не сказано.

Н. Ф. Стахѣевъ горячо возражаетъ докладчику и К. Г. Горнштейну. Онъ считаетъ, что изъ статьи 17 не слѣдуетъ дѣлать вывода, что она противополагаетъ право на постройки праву застройки: она говоритъ, что взысканіе обращается на то и другое вмѣстѣ, а не на то или другое. Изъ этого слѣдуетъ разсматривать ихъ какъ нѣчто единое; такое толкованіе только и можетъ спасти законъ о правѣ застройки отъ непримѣненія и только оно одно можетъ считаться соотвѣтствующимъ экономической и логической природѣ права застройки; отдѣлять экономически право застройки отъ самихъ построекъ представляется совершенно невозможнымъ. Что касается юридической конструкціи, то она представляетъ нѣкоторыя затрудненія въ виду того, что законъ не прекращаетъ правъ застройщика на постройки по окончаніи права застройки. Конструируя право на постройки, какъ составную часть права застройки, само собою закладывающуюся при залогѣ права застройки, придется право застройщика взять съ собой постройки конструировать, какъ своеобразное особое право ius tollendi. **А. А. Симолинъ** считаетъ, что по отношенію къ городскимъ землямъ институтъ застройки долженъ развиваться и у насъ; преимущественно только на нихъ онъ развивается въ Германіи. Онъ настаиваетъ, что требованіе возвести новую по-

Digitized by Google

стройку есть существенный признакъ всякаго договора о правѣ застройки. Сочувствовать практикѣ, скрывающей отступленія отъ закона едва ли можно. Что касается возраженій Н. Ф. Стахѣева, то онъ совершенно съ ними не согласенъ. Законъ въ статьѣ 17 противополагаетъ право застройки праву на постройки. Онъ говоритъ: «на это право (застройки) и на возведенныя на участкѣ постройки». Остальныя же доказательства Н. Ф. относятся къ области политикоправныхъ. **В. П. Доманжо** спрашиваетъ, разсматриваетъ ли докладчикъ требованіе пункта 2 статьи 26 какъ желательное и de lege ferenda. Докладчикъ отвѣчаетъ утвердительно, считая, что институтъ постройки преслѣдуетъ цѣль культурной застройки пустыхъ земель, охранить же интересы лицъ, живущихъ въ уже имѣющихся постройкахъ, можно другими юридическими институтами, менѣе сложными. Н. Ф. Стахѣевъ еще разъ подчеркиваетъ, что его толкованіе вызывается насущной необходимостью. Отвергая его, падаетъ самая цѣль института застройки.

Не можетъ оппонентъ смотрѣть и такъ пессимистически, какъ К. Г. Горнштейнъ, на будущее развитіе у насъ, въ частности въ Казани, института застройки; какъ разъ въ настоящее время нашъ городъ разбиваетъ громадные участки земли, занимавшіеся ранѣе кирпичными заводами, при чемъ, сколько ему извѣстно, они будутъ отдаваться не въ аренду, а именно на правѣ застройки. К. Г. Горнштейнъ думаетъ, что весьма возможно, что Сенатъ именно по экономическимъ соображеніямъ приметъ толкованіе, защищаемое Н. Ф. Стахѣевымъ, и признаетъ право на постройки составною частью права застройки. Тогда только практика рѣшится на совершеніе залога права застройки совмѣстно съ постройками, до этого ни на какую статью закона практикѣ опереться нельзя. **А. В. Завадскій** также считаетъ соображенія Н. Ф. Стахѣева, правильныя съ политико-правовой точки зрѣнія, неподтверждаемыми текстомъ закона. Буква ст. 17 говоритъ противъ Н. Ф., противъ него говоритъ и общій духъ нашихъ законовъ; по аналогіи можно было бы привлечь институтъ пожизненнаго владѣнія, но, какъ мы знаемъ, наша практика смотритъ на постройку, возведенную пожизненнымъ владѣльцемъ, какъ на движимую вещь, а не какъ на составную часть права пожизненнаго владѣнія. Что касается толкованія пункта 2 ст. 26, то оппонентъ вполнѣ примыкаетъ къ докладчику и не считаетъ возможнымъ, разъ на участкѣ стоитъ постройка, принадлежащая собственнику участка, обходъ закона путемъ возложенія на застройщика обязанности возвести новое зданіе. Изъ ст. 4 ясно видно, что право застройки можетъ простираться только на такую часть участка, которая служитъ надобностямъ застройки. Жилой домъ не можетъ разсматриваться, какъ служащій для надобностей бани. Съ другой стороны, однако все это имѣетъ примѣненіе только къ случаю, когда стоитъ постройка, принадлежащая собственнику. Если же постройка принадлежитъ лицу постороннему, хотя бы арендатору, тогда возможно допустить заключеніе договора застройки на такой участокъ съ собственникомъ этой постройки, допустить и исполненіе пункта 2 ст. 26 въ видѣ несноса этой постройки. Что касается второго отдѣла, то онъ, вопреки мнѣнію докладчика, кое-что для арендаторовъ даетъ. Полномочія, предоставленныя вторымъ отдѣломъ, надо разсматривать не какъ отмѣняющія, а какъ дополняющія общія положенія объ арендѣ. Если арендатору удастся доказать, что былъ заключенъ дополнительный договоръ о продолженіи аренды на дальнѣйшій срокъ, то и теперь онъ можетъ взыскивать всѣ убытки, проистекшіе для него отъ невозобновленія. Кромѣ

Digitized by Google

того неправильная конструкція притворной сдѣлки должна, вопреки мнѣнію Гойхбарга, вести за собою возможность доказыванія этого намѣренія даже при наличности письменнаго нотаріальнаго договора.

Оппонентъ думаетъ также, что и слово «намѣреніе» будетъ толковаться судами мягче, какъ говорилъ уже К. Г. Горнштейнъ, не въ смыслѣ прямого договора, а только предположенія. За отсутствіемъ желающихъ говорить **А. В. Завадскій** объявляетъ пренія законченными, указавъ, что докладъ и пренія наглядно выяснили, что редакція закона не обезпечила какъ разъ двухъ важнѣйшихъ потребностей, вызывающихъ въ жизни институтъ застройки: кредитъ застройщика и надзоръ собственника за исполненіемъ застройщикомъ предъявленныхъ къ нему культурныхъ требованій. По удаленіи гостей Общество переходитъ къ разсмотрѣнію текущихъ дѣлъ:

1) Единогласно избраны членами Общества присяжный повѣренный Шаихъ Оттаръ Хасановичъ Иманаевъ (Екатерининская 71, домъ Сагаева) и окончившая университетъ Роза Яковлевна Роттенбергъ (Грузинская, домъ Зайцевой, б. Марко).

II) Постановлено предложить казначею измѣнить условія найма служителя Общества, измѣнивъ мѣсячную плату на плату съ каждаго отдѣльнаго засѣданія Общества. Ближайшее засѣданіе назначить на 5 октября, поставивъ на повѣстку:

I) Рѣчь Н. И. Миролюбова, «Памяти И. Я. Фойницкаго», и сообщеніе А. В. Завадскаго, «Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого».

Засѣданіе закрыто въ 10 часовъ 15 минутъ.

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества Императорскаго Казанскаго университета 5 октября 1913 года въ третьей аудиторіи университета.

Засѣданіе открыто товарищемъ предсѣдателя Общества бар. **А. А. Симолинымъ** въ присутствіи членовъ: **Н. Н. Андреева, А. Г. Батя, В. Ф. Баудера, Л. А. Богородицкой, М. А. Вегера, В. И. Вегера, А. В. Завадскаго, И. И. Зедерштедта, Н. И. Миролюбова, А. А. Овчинникова, Р. Я. Ротенберга, бар. В. А. Симолина, В. К. Соколова, Н. Ф. Стахѣева, М. М. Хомякова, А. К. Шемякина** и 53 гостей.

1) Слово предоставлено **Н. И. Миролюбову**, произнесшему рѣчь, покрытую громкими рукоплесканіями: «Памяти И. Я. Фойницкаго».

2) Затѣмъ **А. В. Завадскій** прочелъ сообщеніе «Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого»[1]).

3) Бар. **А. А. Симолинъ** считаетъ, что, можетъ быть, на судѣ положеніе А. Л. Толстой не было бы такъ затруднительно, какъ это считаетъ докладчикъ. При распредѣленіи бремени доказыванія за нее будутъ говорить слова завѣщанія, «гдѣ бы рукописи ни хранились».

Это предположеніе въ ея пользу еще болѣе усилится, если окажется, что изъ всѣхъ рукописей Толстого на храненіи находились только тѣ, которыя

---

[1]) Напечатано въ «Юридическомъ Вѣстникѣ» 1913 г., № 4, 231—246.

Digitized by Google

хранятся въ Историческомъ музеѣ. В. И. Вегеръ считаетъ, что статья 534 далеко не охраняетъ С. А. Толстую такъ, какъ это предполагаетъ докладчикъ, она вѣдь значительно ослаблена сравнительно съ ея французскимъ прототипомъ. Конечно, трудности для А. Л. при распредѣленіи бремени доказыванія отрицать нельзя, но и отвѣтчикъ долженъ доказывать свои возраженія. Текстъ завѣщанія создаетъ предположеніе въ пользу А. Л., что рукописи скорѣе были захвачены. И это предположеніе придется С. А. опровергать и свои возраженія доказывать. Да, кромѣ того, не надо забывать, что въ дѣйствительности судъ руководится не только соображеніями формально юридическаго, но и нравственнаго характера, которыя цѣликомъ на сторонѣ А. Л.

Поэтому оппонентъ считаетъ, что при возникновеніи судебнаго спора исходъ его будетъ скорѣе въ пользу А. Л., чѣмъ С. А. — **Н. Ф. Стахѣевъ** примыкаетъ къ предыдущему оппоненту, считая, что рукописи могли быть просто взяты, и тогда музей, конечно, не имѣетъ права выдать рукописи; для музея достаточно одного предположенія объ этомъ. Ко взгляду докладчика на некомпетентность перваго Департамента Сената въ данномъ случаѣ онъ вполнѣ примыкаетъ. Здѣсь налицо споръ о правѣ гражданскомъ и, слѣдовательно, статья I Уст. Гр. Суд. **И. И. Зедерштедтъ** сомнѣвается въ возможности примѣненія отвода по 3 пункту 571 Уст. Гр. Суд. при предъявленіи иска А. Л. музею. Онъ думаетъ, что такое предъявленіе иска было бы наиболѣе желательнымъ исходомъ, такъ какъ тогда С. А. пришлось бы вступить въ этотъ процессъ въ качествѣ третьяго лица съ самостоятельными требованіями и очутиться въ тяжелой роли истца. **А. В. Завадскій** считаетъ, что весь споръ сосредоточивается на ст. 534. Никакія предположенія о томъ, какъ достались рукописи С. А., она не обязана опровергать до тѣхъ поръ, пока эти предположенія не будутъ доказаны противниками. До этого она можетъ ограничиваться простымъ отрицаніемъ. Могло бы имѣть значеніе, и то не безусловно, только указаніе, сдѣланное А. А. Симолинымъ, но оно опровергается тѣмъ фактомъ, что значительная часть рукописей подлинныхъ и копій сочиненій Л. Н. Толстого была при его жизни сдана на храненіе въ Англію. Что касается наиболѣе тяжелаго для него возраженія И. И. Зедерштедта, то онъ думаетъ, что, даже при непринятіи судомъ отвода по 3 пункту 571 статьи, С. А. можетъ вступить и только на сторону музея третьимъ лицомъ-пособникомъ.

3) Собраніе выражаетъ по предложенію предсѣдателя благодарность Н. И. Міролюбову и А. В. Завадскому за ихъ доклады и, по оставленіи гостями зала, приступаетъ къ текущимъ дѣламъ:

1) Единогласно избрана членомъ общества окончившая юридическій факультетъ М. А. Илговская.

2) Утвержденъ протоколъ засѣданія 29 сентября 1913 г.

3) Предсѣдатель сообщилъ, что обѣщаны доклады В. И. Вегеромъ, Н. Ф. Стахѣевымъ, В. П. Доманжо, В. К. Соколовымъ, но всѣ эти лица могутъ дать эти доклады или послѣ 1 января и никто ранѣе половины ноября. Н. Ф. Стахѣевъ выражаетъ надежду, что ему можетъ быть удастся дать докладъ въ октябрѣ, при чемъ однако возможно, что вмѣсто предположенной имъ темы объ основаніи иска онъ дастъ небольшой контрдокладъ къ докладу А. А. Симолина о правѣ застройки спеціально по вопросу о залогѣ этого права.

Digitized by Google

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества 2 ноября 1913 г., въ третьей аудиторіи университета.

Засѣданіе открыто въ 8 часовъ 15 минутъ вечера товарищемъ предсѣдателя бар. **А. А. Симолинымъ** въ присутствіи членовъ **Л. А. Богородицкой, М. С. Венеціанова, В. П. Доманжо, А. В. Завадскаго, И. И. Крыльцова, П. В. Кузнецова и Н. Ф. Стахѣева** и 21 гостя.

Слово предоставлено **Н. Ф. Стахѣеву,** прочитавшему докладъ на тему: «Понятіе основанія иска въ практикѣ Гражданскаго Кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената» со слѣдующими положеніями:

1) Сенатъ категорически высказался за допустимость измѣненія юридической квалификаціи.

2) Включивъ въ 3-хъ рѣшеніяхъ въ составъ основанія иска правонарушающій фактъ, Сенатъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній отвергъ этотъ взглядъ, а въ рѣшеніи 1900/35 высказался за допустимость вообще исковъ о признаніи.

3) Сенатъ присоединяется къ теоріи юридической индивидуализаціи.

4) По соображеніямъ цѣлесообразности Сенатъ, въ конкретныхъ случаяхъ, отступаетъ отъ раздѣляемыхъ имъ взглядовъ теоріи субстанціированія.

5) Въ виду принципіальной неправильности раздѣляемыхъ имъ теоретическихъ взглядовъ, Сенатъ, сталкиваясь въ своей практической дѣятельности съ отдѣльными жизненными случаями, принужденъ давать расплывчатыя и логически непослѣдовательныя толкованія.

6) По отношенію къ ст. 258 Уст. Гр. Суд. Сенатъ стремится, по соображеніямъ цѣлесообразности, сузить область ея примѣненія. По отношенію же къ теоріи юридической индивидуализаціи можно сказать, что на практику нашего Сената не только нельзя ссылаться въ подтвержденіе правильности этой теоріи, но, наоборотъ, практика Сената наглядно показала неприложимость къ дѣйствительной жизни теоріи юридической индивидуализаціи. Несмотря на то, что Сенатъ все время твердо стоитъ на точкѣ зрѣнія теоріи индивидуализаціи, на дѣлѣ, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній, ему пришлось отказаться отъ ея взглядовъ и конструировать основаніе иска по теоріи субстанціированія, несравненно болѣе, хотя и не вполнѣ, правильной и близкой къ жизни.

А. В. Завадскій указалъ на большой трудъ, положенный авторомъ доклада на изученіе и систематизированіе сенатской практики. Историческое изученіе практики привело автора къ выводу, что Сенатъ не сегодня-завтра долженъ будетъ перейти къ теоріи субстанціированія и, что дѣлаетъ большую честь автору, имъ, еще въ 1911 г., были предуказаны тѣ соображенія, которыя должны Сенатъ послѣдовательно привести къ этому выводу. Предсказаніе автора сбылось полностью въ недавно опубликованномъ рѣшеніи Сената 1912 г., № 124, гдѣ Сенатъ рѣшительно и открыто перешелъ на теорію субстанціированія. И какъ разъ по тѣмъ соображеніямъ, которыя предуказаны были авторомъ. Нельзя не пожалѣть, что авторъ опустилъ это рѣшеніе въ своемъ докладѣ. Кромѣ того оппоненту кажется, что докладчикъ, сосредоточивъ свое вниманіе на борьбѣ теоріи индивидуализаціи съ теоріей субстанціированія, удѣлилъ меньше вниманія теоріи Ветцеля въ переработкѣ Малышева; ею, напр., вѣроятно, объясняется допустимость совмѣстнаго иска собственника и арендатора къ третьему лицу, нарушителю ихъ разныхъ правъ — общность пассивнаго основанія и теоріи Обри и Ро, слѣды которой

Digitized by Google

сказываются еще такъ ясно и въ рѣшеніи 1900 г., № 76, и даже въ № 124, 1912 г. По многимъ вопросамъ авторъ въ своемъ докладѣ умышленно ставитъ вопросительные знаки. Дѣйствительно, нельзя не согласиться съ нимъ, что текстъ нашихъ законовъ не даетъ достаточной опоры для предпочтенія теоріи субстанціированія передъ теоріей индивидуализаціи. Что касается рѣшенія вопроса съ точки зрѣнія политики права, то здѣсь не въ одинаковомъ направленіи дѣйствуютъ, съ одной стороны, интересы законной силы рѣшенія — болѣе въ сторону индивидуализаціи и, съ другой,—трудность положенія отвѣтчика и суда при допущеніи слишкомъ широкой свободы перемѣны фактическаго основанія иска (преимущественно при вещныхъ и вообще абсолютныхъ искахъ, менѣе при относительныхъ, напр. переходъ отъ договора къ обогащенію). Послѣднее обстоятельство склоняетъ вѣсы въ пользу индивидуализаціи, которая однако должна быть дополнена правомъ суда широко допускать по его усмотрѣнію и возможность перемѣны фактическаго основанія, разъ этимъ не слишкомъ затрудняется положеніе отвѣтчика, особенно если новые факты вообще допускались только въ первой инстанціи. Надо, наконецъ, указать, что книга проф. В. М. Гордона представляетъ собою какъ разъ высшій расцвѣтъ теоріи субстанціированія, теоріи фактической индивидуализаціи, какъ онъ ее удачно называетъ. За послѣднее время въ связи съ все бо́льшимъ вліяніемъ матеріально-правового ученія объ искѣ на процессуальное все сильнѣе поднимаетъ голову теорія юридической индивидуализаціи, при которой, напр. по позднѣйшему ученію Гельвига, переходъ отъ доказыванія права собственности по береговому праву къ доказыванію по давности вполнѣ допустимъ, такъ какъ вещное право индивидуализируется съ матеріально-правовой точки зрѣнія только активнымъ субъектомъ, вещью, родомъ и содержаніемъ правомочія. **Н. Ф. Стахѣевъ** соглашается, что пропускъ рѣшенія 1912 г. является недостаткомъ, объясняется онъ тѣмъ, что докладъ его представляетъ изъ себя краткое извлеченіе изъ обширнаго сочиненія, написаннаго два года назадъ, дополнить которое фактическимъ матеріаломъ онъ не имѣлъ теперь времени. Онъ думаетъ однако, что, несмотря на какъ бы окончательный характеръ рѣшенія № 124, 1912 г., Сенатъ будетъ еще колебаться тоже по причинамъ, уже указаннымъ въ его докладѣ, прежде всего вслѣдствіе той роли, какую играетъ цѣлесообразность въ мотивахъ Сената по настоящему вопросу. Наглядным подтвержденіемъ этого можетъ служить рѣшеніе № 1 за 1913 г., гдѣ Сенатъ опять склоняется къ индивидуализаціи.

За отсутствіемъ желающихъ говорить по докладу предсѣдатель объявляетъ научную часть собранія законченной. По уходѣ гостей собраніе приступаетъ къ разрѣшенію текущихъ дѣлъ:

а) **А. А. Симолинъ** докладываетъ, что отъ кн. П. Л. Ухтомскаго получено предложеніе обсудить въ Юридическомъ Обществѣ вопросъ о закономѣрности нефтяныхъ синдикатовъ, при чемъ имъ представленъ уже нѣкоторый матеріалъ. Согласно переговорамъ П. Л. Ухтомскаго съ секретаремъ Общества предполагается, что въ самомъ ближайшемъ времени кн. П. Л. Ухтомскій сдѣлаетъ сообщеніе къ вопросу о закономѣрности нефтяныхъ синдикатовъ, а въ преніяхъ будетъ обезпечено участіе спеціалистовъ по политической экономіи, уголовному и торговому праву. Переговоры съ послѣдними близятся къ успѣшному окончанію. Желательно однако, чтобы по этому вопросу, въ виду его громадной практической важности, приняли участіе не только эти приглашенные правленіемъ Общества спеціалисты-теоретики, но и вообще

Digitized by Google

члены Общества, особенно практики. Собраніе постановило посвятить вопросу о закономѣрности нефтяныхъ синдикатовъ ближайшее засѣданіе, предоставить выборъ дня его соглашенію кн. П. Л. Ухтомскаго съ В. П. Доманжо, одобривъ всѣ предположенія предсѣдателя.

б) Единогласно избранъ членомъ Общества приватъ-доцентъ Императорскаго Казанскаго университета Борисъ Евгеньевичъ Будде.

в) Собраніемъ выражена благодарность по предложенію предсѣдателя Н. Ф. Стахѣеву за его интересный докладъ.

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества 23 ноября 1913 г.

Засѣданіе открыто въ 8 часовъ 20 минутъ вечера въ аудиторіи № 3 товарищемъ предсѣдателя бар. **А. А. Симолинымъ** въ присутствіи членовъ: **А. Г. Батя, В. Ф. Баудера, Л. А. Богородицкой, К. Г. Горнштейна, В. П. Доманжо, А. В. Завадскаго, И. И. Зедерштета, Б. П. Иванова, М. А. Илговской, Н. И. Миролюбова, С. Н. Нелидова, Э. Г. Перетца, А. Ф. Ротенберга, Р. Я. Ротенберга, Н. Ф. Стахѣева, Н. С. Толстого** и 55 гостей.

1) Слово предоставляется **А. В. Завадскому,** прочитавшему докладъ на тему «Важнѣйшія измѣненія въ гражданскомъ судопроизводствѣ, вступающія въ силу съ 1 января 1914 г. въ Казанской и другихъ губерніяхъ, гдѣ законъ о мѣстномъ судѣ вводится не въ полномъ объемѣ» [1]).

2) Въ преніяхъ принимаютъ участіе: **К. Г. Горнштейнъ** не считаетъ возможнымъ согласиться съ защищаемымъ докладчикомъ толкованіемъ конца ст. 82. Практикѣ придется оставлять безъ вниманія слова «не касающіяся существа дѣла», разъ въ статьѣ говорится о свѣдѣніяхъ, которыя могутъ понадобиться для разъясненія дѣла, несомнѣнно дѣла по существу, и онъ увѣренъ, что въ дѣйствительности статья получитъ самое широкое толкованіе, а вовсе не то узкое (процессуальныя справки), которое защищаетъ докладчикъ. Оппонентъ не можетъ присоединиться къ докладчику, считающему важнымъ нововведеніемъ признаніе ввода необязательнымъ (1424). Сенатомъ давно разъяснена эта необязательность, но, съ другой стороны, Сенатъ сдѣлалъ оговорку: «за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда онъ необходимъ для вящшаго удостовѣренія правъ пріобрѣтателя». Благодаря этому исключенію, старшіе нотаріусы требуютъ иногда ввода и несомнѣнно будутъ требовать въ нѣкоторыхъ случаяхъ и въ будущемъ, если не ввода, то по крайней мѣрѣ опредѣленія о немъ, такъ какъ иначе въ нѣкоторыхъ случаяхъ они не смогутъ констатировать самый фактъ перехода. Онъ думаетъ также, что не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, вопреки мнѣнію докладчика, судебная практика на основаніи ст. 706[1] разовьетъ возмѣщеніе и неимущественнаго вреда. **А. В. Завадскій** указываетъ на практическую опасность широкаго толкованія ст. 80 — опасность использованія судьею къ неожиданности для тяжущихся такого рода фактовъ, касающихся существа дѣла, которые судья считаетъ доказанными доказательствами, представленными въ другомъ дѣлѣ между другими тяжущимися. Возможно, что практика дѣйствительно будетъ возмѣщать и неимущественный ущербъ, но это будетъ нарушеніемъ смысла ст. 706[1], разрѣшающей судамъ опредѣлять по усмотрѣнію только размѣръ убытка, но не вводящей ничего новаго въ уче-

[1]) Часть этого доклада напечатана въ формѣ отдѣльныхъ статей въ «Вѣстникѣ Права» 1913 г., №№ 50, 51, 52, и 1914 г., №№ 1 и 2.

Digitized by Google

ніе о томъ, что̀ считать убыткомъ, подлежащимъ возмѣщенію. Надо, впрочемъ, отмѣтить ученіе нѣкоторыхъ французскихъ комментаторовъ, напр. Бодри Лакантинери и Барда, указывающихъ, что очень часто то, что называютъ неимущественнымъ ущербомъ, есть въ дѣйствительности имущественный, напр. лицо испытываетъ нравственное потрясеніе, въ результатѣ временно понижается его работоспособность, но въ каждомъ такомъ случаѣ необходимо доказать, что былъ и имущественный ущербъ вообще. Раньше доказать цифру ущерба было бы сплошь и рядомъ совершенно невозможно — теперь опредѣлитъ судъ по усмотрѣнію. Н. С. Толстой не можетъ согласиться съ докладчикомъ, считающимъ новый законъ улучшеніемъ существующаго и въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства. Между тѣмъ выводъ, который приходится дѣлать изъ ст. 1460[31], лишаетъ должника возможности путемъ судебнаго депозита освободиться отъ просрочки, когда онъ сомнѣвается въ томъ, кто изъ предъявляющихъ къ нему притязанія является настоящимъ кредиторомъ. А. А. Симолинъ какъ противникъ и съ точки зрѣнія политики права возмѣщенія нематеріальнаго вреда, привѣтствуетъ догматическое толкованіе, даваемое докладчикомъ ст. 706[1], а также и то, что это толкованіе не встрѣтило протеста среди членовъ общества — среди юристовъ распространены, какъ извѣстно, обратныя воззрѣнія.

3) По уходѣ гостей Общество приступаетъ къ разсмотрѣнію текущихъ дѣлъ. **А. А. Симолинъ** докладываетъ полученное имъ отъ редакціи «Юридическаго Вѣстника» письмо, въ которомъ выражается согласіе на высылку всѣмъ членамъ Юридическаго Общества «Юридическаго Вѣстника», но на иныхъ условіяхъ, чѣмъ предлагало правленіе Общества. Такъ какъ такія условія могутъ повлечь за собою приплату изъ запаснаго капитала Общества или повышеніе взноса, то признано неудобнымъ обсуждать этотъ вопросъ безъ постановки его на повѣстку и постановлено внести его въ повѣстку ближайшаго засѣданія.

4) Постановлено выдать служителю общества полностью и за то время, когда Общество фактически въ 1912 г. бездѣйствовало.

5) Избранъ въ дѣйствительные члены общества пом. прис. повѣреннаго Георгій Дмитріевичъ Екатерининскій.

Засѣданіе закрыто въ 11 часовъ вечера.

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества 14 декабря 1913 г.

Засѣданіе открыто товарищемъ предсѣдателя бар. **А. А. Симолинымъ** въ присутствіи членовъ Общества: **А. Г. Батя, В. Ф. Баудера, М. Г. Вегера, М. С. Венеціанова, Г. Д. Екатерининскаго, А. В. Завадскаго, Ш. А. Иманаева, С. Н. Нелидова, А. Ф. Ротенберга, Н. Ф. Стахѣева, С. А. Ушакова, Ю. Н. Фармаковскаго** и 20 гостей.

1) Слово предоставлено **М. С. Венеціанову**, прочитавшему докладъ «Къ вопросу объ исковой давности» со слѣдующими тезисами:

1) Исковая давность создаетъ отвѣтчику особый способъ защиты — возраженіе объ истеченіи давностнаго срока.

2) Въ основаніи возраженія о давности всегда лежитъ законная презумпція о погашеніи обязательства, но за давностью отвѣтчикъ освобождается отъ представленія доказательствъ.

3) Сознаніе должникомъ своего долга устраняетъ презумпцію о погашеніи обязательства; гдѣ нѣтъ мѣста этой презумпціи, тамъ недопустимо возраженіе о давности.

Digitized by Google

4) Срокъ давности начинается съ послѣдняго момента, въ который проявилось должникомъ сознаніе своего долга, независимо отъ того, сколько времени прошло до этого момента отъ момента возникновенія права на искъ.

Открыты пренія по докладу. **А. В. Завадскій,** указывая на трудность борьбы со столь логически сильнымъ докладомъ, не считаетъ возможнымъ соглашаться прежде всего со вторымъ тезисомъ. Методологически оппонентъ считаетъ недопустимымъ говорить просто объ основаніи давности. Можно говорить объ историческомъ основаніи; такъ, для составителей закона 1845 г. имъ было промолчаніе кредитора. Для политики права введеніе давности можно оправдать даже простой ссылкой на невозможность заставлять вѣчно хранить документы. Съ точки зрѣнія догматической, основаніе — только обобщеніе законныхъ нормъ, и основаніе докладчика — презумпцію о погашеніи — никакими текстами нашего закона обосновать нельзя. Оппонентъ считаетъ, что, переводя споръ на почву обобщеній, выведенныхъ изъ закона, должно отвергнуть и понятіе «сознаніе должникомъ своего долга», хотя терминъ сознаніе и употребляется самимъ Сенатомъ, но при внимательномъ просмотрѣ его рѣшеній оказывается, что всѣ разбиравшіеся въ нихъ факты могутъ быть подведены скорѣе подъ понятіе признанія передъ кредиторомъ своего долга. Едва ли на большій выводъ даетъ право ст. 1550 Зак. Гражд.

На такой точкѣ зрѣнія стоятъ и иностранныя законодательства; ср. ст. 3248 франц. гражд. ул. и 208 герм. гражд. ул. Съ этимъ существеннымъ ограниченіемъ можно зато вполнѣ привѣтствовать критику докладчика мнѣній тѣхъ ученыхъ, которые допускаютъ возможность обратнаго требованія уплаченнаго по истеченіи земской давности, какъ неосновательнаго обогащенія. Такой искъ въ виду ст. 706 Уст. Гражд. Суд. не допустимъ, допустить его значило бы допустить извиненіе заблужденія въ правѣ.

Оппонентъ думаетъ, что ту же статью 706, какъ изданную послѣ 1550 Зак. Гражд. докладчикъ долженъ былъ выдвинуть противъ буквальнаго толкованія слова «до» статьи 1550. **М. С. Венеціановъ** возражаетъ противъ суженія понятія «сознаніе на признаніе». Слово «сознаніе» сенаторъ Пахманъ въ кардинальномъ рѣшеніи по этому вопросу 1895 г., № 21, употребляетъ именно въ противоположеніи признанію, да и самый казусъ говоритъ за невозможность примѣненія понятія признанія. Должникъ въ своемъ завѣщаніи проситъ наслѣдника уплатить всѣ его долги и прилагаетъ списокъ этихъ долговъ. **Ш. А. Иманаевъ** высказалъ, что понятіе слова сознаніе, какъ и слова, напр., бытіе, трудно поддается точному опредѣленію, почему онъ стоитъ лишь за признаніе долга. Принимая далѣе докладъ за представленіе извѣстной суммы общихъ теоретическихъ выводовъ, необходимо было бы указать на давность Шаріатную, въ основаніи коей точно такъ же лежитъ только нравственный моментъ, о которомъ говорилъ докладчикъ. Въ дѣйствительной жизни мусульмане въ Россіи примѣнительно къ 1338 ст. т. X ч. I. Зак. Гражд. пользуются Шаріатомъ, по которому обязательство не погашается и по истеченіи десятилѣтней давности. Такимъ образомъ мнѣніе докладчика о недобросовѣстномъ должникѣ, уплатившемъ долгъ по истеченіи десятилѣтней давности, тождественно съ положеніями Шаріата по этому вопросу. **Бар. А. А. Симолинъ,** примыкая въ общемъ къ соображеніямъ А. В. Завадскаго, не можетъ относиться столь сурово, какъ А. В. Завадскій, къ основаніямъ юридическихъ институтовъ и считаетъ ихъ полезными при толкованіи. Но съ основаніемъ, приводимыхъ

Digitized by Google

докладчикомъ, онъ согласиться не можетъ. Во французской литературѣ оно было единодушно отвергнуто, когда его выставляли Обри и Ро и Мурло. Главный аргументъ противниковъ заключается въ указаніи на непослѣдовательность этихъ писателей: признавая основаніемъ давности презумпцію о погашеніи обязательства, они ни за что не хотѣли допустить того вывода, что сознаніе послѣ истеченія срока давности неуплаты долга прерываетъ давность. Надо отдать справедливость докладчику, что онъ поступаетъ гораздо послѣдовательнѣе. Противники указывали также, что французскій кодексъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ краткой трехлѣтней давности дѣйствительно стоитъ на этой презумпціи, но что потому эти случаи и приходится считать не давностью въ полномъ смыслѣ этого слова; въ нихъ, когда должникъ ссылается на пропускъ давности, его можно заставить принять присягу въ томъ, что онъ уплатилъ долгъ. Въ настоящей же давности недостаточно только сознавать, что я не уплатилъ, но надо изъявить волю на то, что я считаю себя обязаннымъ платить, т.-е. что я отказываюсь отъ права воспользоваться давностью. М. С. Венеціановъ указываетъ, что разъ право силою давности не прекращается, а у должника возникаетъ только возраженіе, то его выводъ о значеніи сознанія неуплаты остается непоколебленнымъ. Въ основѣ всѣхъ правъ лежатъ моральныя соображенія. Моральныя соображенія лежатъ, какъ доказано въ докладѣ, и въ основаніи давности. Если это такъ, то не можетъ пользоваться давностью должникъ, завѣдомо сознающій и прямо объявляющій, что долгъ имъ не уплаченъ и что онъ долженъ. Обратное рѣшеніе было бы явно несправедливымъ. **А. А. Симолинъ** считаетъ, что этими соображеніями докладчикъ переходитъ изъ догматики въ область de lege ferenda. **М. С. Венеціановъ** считаетъ, что указываемое имъ основаніе догматическое и что обратное рѣшеніе давало бы покровительство явной недобросовѣстности. А. В. Завадскій, развивая соображенія А. А. Симолина, указываетъ такой случай: должникъ на судѣ по истеченіи давности прямо говоритъ: «деньги я бралъ, ихъ не уплатилъ и платить не хочу, въ искѣ прошу отказать за истеченіемъ давности». Несомнѣнно судъ по закону долженъ отказать истцу, несмотря на явную недобросовѣстность должника. Съ точки зрѣнія докладчика являлась бы правильной давно оставленная Сенатомъ практика по дѣламъ о взысканіи долговъ съ несовершеннолѣтнихъ, когда нѣкоторые суды находили возможнымъ взыскивать съ достигшаго уже совершеннолѣтія, разъ только онъ признавалъ, что онъ дѣйствительно бралъ въ долгъ, но во время несовершеннолѣтія, не прибавляя признанія, что онъ и теперь считаетъ себя обязаннымъ платить. М. С. Венеціановъ указываетъ, что приходится предоставить усмотрѣнію суда рѣшать вопросъ о томъ, какъ понимать сознаніе долга должникомъ. Изъ того, что должникъ признаетъ фактъ неуплаты, еще не значитъ, что онъ признаетъ себя и обязаннымъ платить: онъ можетъ себя считать въ правѣ не платить и по какимъ-нибудь другимъ причинамъ. **Н. Ф. Стахѣевъ** считаетъ, что изъ преній выяснилось, что защищать тезисы докладчикъ можетъ лишь de lege ferenda, однако и съ этой точки зрѣнія его положенія непріемлемы. По предложенію докладчика дѣло сводится къ тому, что судъ по оттѣнку сознанія долженъ рѣшать, сознаетъ ли должникъ долгъ или же онъ желаетъ и уплатить его. Такое предложеніе опасно какъ разъ для простодушныхъ. Дать суду такое право значило бы поколебать самый институтъ давности. М. С. Венеціановъ совершенно не можетъ согласиться съ послѣднимъ замѣчаніемъ; и въ настоящее время судъ по своему убѣжденію оцѣниваетъ заявленія сторонъ и ихъ при-

Digitized by Google

знанія; было бы совершенно невозможнымъ для правосудія отнять у суда это право.

За отсутствіемъ желающихъ говорить **А. А. Симолинъ** объявляетъ пренія законченными, и Общество выражаетъ благодарность М. С. Венеціанову за его столь интересный докладъ.

3) По уходѣ гостей Общество приступаетъ къ разрѣшенію текущихъ дѣлъ. Ставится на обсужденіе вопросъ о выпискѣ Обществомъ журнала «Юридическій Вѣстникъ» (см. протоколъ предыдущаго засѣданія); послѣ преній, въ которыхъ принимали участіе Ш. А. Г. Иманаевъ, М. С. Венеціановъ, С. Н. Нелидовъ, А. В. Завадскій, В. П. Доманжо, А. Ф. Ротенбергъ, собраніе высказывается единогласно за выписку журнала на предложенныхъ редакціей «Юридическаго Вѣстника» условіяхъ и принимается предложеніе правленія о томъ, что всякій членъ Общества, который желаетъ получать «Юридическій Вѣстникъ», долженъ кромѣ уплаты членскаго взноса вносить въ кассу Общества за пересылку и доставку журнала еще по 1 рублю.

Засѣданіе закрыто въ 10 час. 15 мин. вечера.

Digitized by Google

Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Журналъ Общаго въ память В. К. Дмитріева Собранія Общества имени А. И. Чупрова.

Засѣданіе 30-го ноября 1913 г.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовалъ 41 членъ Общества.

1. Сообщено предсѣдателемъ письмо П. Б. Струве, въ которомъ онъ извѣщаетъ о томъ, что по нездоровью не можетъ принять участіе въ сегодняшнемъ собраніи.

2. Заслушанъ докладъ **Н. Н. Шапошникова** «О теоретическихъ работахъ В. К. Дмитріева».

3. Заслушанъ докладъ **С. А. Первушина** «О статистическихъ трудахъ В. К. Дмитріева».

По заслушаніи доклада товарищъ предсѣдателя Общества В. Я. Желѣзновъ предложилъ выдѣлить особую комиссію изъ числа членовъ Общества, которая бы разобрала оставшіяся послѣ В. К. Дмитріева рукописи съ тою цѣлью, чтобы издать впослѣдствіи то, что можетъ быть издано.

Собраніе единогласно приняло предложеніе В. Я. Желѣзнова.

Предсѣдатель Общества предложилъ В. Я. Желѣзнову и обоимъ докладчикамъ войти въ составъ этой Коммиссіи. Означенныя лица изъявили свое согласіе. Предсѣдатель Общества предложилъ почтить память В. К. Дмитріева вставаніемъ. За симъ по предложенію предсѣдателя единогласно принята слѣдующая резолюція:

«Общество имени А. И. Чупрова въ засѣданіи своемъ отъ 30 ноября 1913 г., выслушавъ сообщенія, посвященныя памяти В. К. Дмитріева, выражаетъ глубокое прискорбіе о безвременной кончинѣ выдающагося теоретика-экономиста и о понесенной тѣмъ потерѣ экономической наукой въ Россіи и постановляетъ занести о томъ въ протоколъ засѣданія».

Журналъ Чрезвычайнаго Общаго Собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 31 января 1914 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовало 55 членовъ Общества.

1. Предсѣдатель Статистическаго отдѣленія **С. Н. Прокоповичъ** доложилъ смѣту въ размѣрѣ 1900 руб. по изданію при Обществѣ журнала «Статистическій Вѣстникъ» и сообщилъ состоявшееся по этому поводу рѣшеніе Совѣта.

Digitized by Google

Единогласно постановлено: издавать журналъ «Статистическій Вѣстникъ»; утвердить смѣту и согласно ей ассигновать изъ средствъ Общества 300 руб. на 1914 г.; утвердить избраннаго въ Статистическомъ отдѣленіи редакторомъ журнала **Н. А. Каблукова** въ означенной должности.

2. Заслушано сообщеніе предсѣдателя о томъ, что 21 декабря состоялось празднованіе 70-лѣтія земскаго статистика Василія Ивановича Покровскаго, по поводу чего онъ и привѣтствовалъ его отъ лица Общества.

Постановлено: принять къ свѣдѣнію.

3. Предсѣдатель сообщилъ о полученномъ имъ письмѣ отъ **Е. И. Дмитріевой**, въ которомъ она благодаритъ Общество за вниманіе къ памяти ея сына.

Постановлено: принять къ свѣдѣнію.

4. Предсѣдатель сообщилъ о послѣдовавшей кончинѣ членовъ Общества: профессора Сельскохозяйственнаго Института въ Ново-Александріи Александра Ивановича **Скворцова** и статистика Всеволода Александровича **Владимірскаго** и предложилъ почтить память покойныхъ вставаніемъ.

Память покойныхъ почтена вставаніемъ.

Журналъ Годичнаго Общаго Собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 24 февраля 1914 года.

Предсѣдательствовалъ: **С. Н. Булгаковъ.**

Присутствовало 49 членовъ Общества.

1. Доложено предложеніе Совѣта послать телеграмму предсѣдателю Общества **Н. А. Каблукову** съ привѣтствіемъ и пожеланіемъ выздоровленія.

Постановлено: предложеніе Совѣта принять.

2. Доложенъ отчетъ Совѣта за періодъ съ 24 февраля 1913 г. по 24 февраля 1914 г.

Постановлено: отчетъ утвердить.

3. Доложенъ денежный отчетъ Совѣта за 1913 годъ.

Постановлено: утвердить.

4. Доложено заключеніе Ревизіонной комиссіи по означенному отчету.

Постановлено: принять къ свѣдѣнію.

5. Доложена смѣта Совѣта на 1914 годъ въ размѣрѣ 3500 руб.

Постановлено: смѣту въ означенномъ размѣрѣ утвердить.

6. Доложены приглашенія, присланныя Московскою городскою управою на засѣданіе Благотворительнаго Совѣта въ память А. И. Чупрова, имѣющее быть 24 февраля.

Постановлено: принять къ свѣдѣнію.

7. Заслушанъ докладъ **Н. Н. Огановскаго:** «Переселенческое движеніе и колонизація Азіатской Россіи послѣ 1905 года».

Въ виду поздняго времени и нежелательности сокращать докладъ предсѣдатель собранія предложилъ, а собраніе единогласно приняло — отложить пренія по докладу до слѣдующаго засѣданія.

8. Затѣмъ послѣдовали выборы президіума и Ревизіонной комиссіи Общества на 1914 годъ, при чемъ оказались выбранными[1]):

[1]) Подачей записокъ; предварительно было рѣшено при абсолютномъ большинствѣ записокъ баллотировкѣ шарами не подвергать.

Digitized by Google

Предсѣдатель: **Н. А. Каблуковъ.**

Тов. предсѣдателя: **В. Я. Желѣзновъ, С. Н. Булгаковъ.**

Члены Совѣта: **А. А. Мануиловъ, А. А. Чупровъ, В. И. Анисимовъ, М. Д. Загряцковъ.**

Членъ Совѣта **А. В. Горбуновъ** отказался отъ баллотировки за отъѣздомъ въ Томскъ.

Казначей: **Н. Н. Гензель.**

Секретарь: **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Тов. секретаря: **Л. Н. Литошенко, Л. Б. Кафенгаузъ.**

Библіотекарь: **Н. А. Свавицкій.**

На мѣсто пятаго члена Совѣта 9 записками былъ предложенъ **Н. Н. Шапошниковъ.** Въ виду того, что за него было подано лишь 9 записокъ (менѣе половины), была произведена баллотировка шарами, при чемъ **Н. Н. Шапошниковъ** оказался избраннымъ 20 шарами противъ 1.

Въ члены Ревизіонной комиссіи оказались избранными:

В. А. Перелешинъ, И. Г. Коганъ, А. Е. Лосицкій, П. А. Бурышкинъ, В. С. Малченко.

За предсѣдателя **С. Булгаковъ.**

Секретарь **Н. Пѣтуховъ.**

Отчетъ Совѣта Общества А. И. Чупрова.

За отчетный годъ съ 24 февраля 1913 года по 24 февраля 1914 года.

(Докладъ секретаря Общества годичному общему собранію 24 февраля 1914 года).

24 февраля 1914 года Общество имени Александра Ивановича **Чупрова** для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ вступаетъ въ III годовщину своего существованія. Въ этотъ день, согласно уставу, Совѣтъ Общества имѣетъ честь предложить вниманію гг. членовъ нижеслѣдующія данныя о дѣятельности Общества за истекшій отчетный годъ.

Къ 24 февраля 1914 года Общество имени Александра Ивановича Чупрова, кромѣ своей дѣятельности, какъ Общество въ его цѣломъ, включало въ себя слѣдующія 4 отдѣленія: открытыя, согласно постановленію годичнаго общаго собранія отъ 24 февраля 1912 года, отдѣленія — теоретической экономіи, статистики и соціальной исторіи; открытое, согласно постановленію чрезвычайнаго общаго собранія отъ 1 марта 1913 года, отдѣленіе соціальной политики. Всѣ эти отдѣленія функціонировали согласно наказу, утвержденному въ общемъ собраніи 6 октября 1912 года съ измѣненіемъ, внесеннымъ въ него въ чрезвычайномъ собраніи 1 марта 1913 года. Попрежнему при обществѣ продолжаетъ функціонировать Комиссія для разработки вопросовъ земской статистики. Въ настоящее время только что вышли изъ печати ея «Труды», представляющіе собою протоколы засѣданій на масленицѣ прошлаго года и рядъ отдѣльныхъ докладовъ. Въ засѣданіи 30 ноября 1913 года, посвященномъ памяти Владиміра Карповича Дмитріева, была организована спеціальная комиссія для разсмотрѣнія рукописей, оставшихся послѣ покойнаго съ цѣлью изданія въ дальнѣйшемъ той части ихъ, которая окажется достаточно подготовленной къ печати. Комиссія по статистикѣ кооперативовъ къ настоящему отчетному году закончила свою дѣятельность, напечатавъ трудъ «О пріемахъ статистическаго изученія кооперації», изданный

Digitized by Google

Московскимъ Союзомъ Потребительныхъ обществъ. Наконецъ на засѣданіяхъ комиссіи по вопросамъ земской статистики на масленицѣ этого года рѣшено было открыть при статистическомъ отдѣленіи рядъ новыхъ комиссій, а именно: по текущей статистикѣ урожаевъ, по школьной, городской и страховой статистикѣ.

Движеніе личнаго состава Общества за отчетный годъ представляется въ слѣдующемъ видѣ. Къ 24 февраля 1914 года Общество включало въ себя 420 членовъ. Выбыло за тотъ же періодъ изъ состава членовъ 7 человѣкъ. Память двухъ умершихъ членовъ — профессора Александрійскаго института Александра Ивановича Скворцова и Всеволода Александровича Владимірскаго — была почтена вставаніемъ въ чрезвычайномъ собраніи 31 января с. г.

Членами Общества состоятъ 387 мужчинъ и 33 женщины. Изъ тѣхъ и другихъ 242 (въ прошломъ отчетномъ году 232) живутъ въ Москвѣ и пригородныхъ мѣстностяхъ Москвы, 175 (въ прошломъ отчетномъ году 94) въ другихъ городахъ Россіи и 3 находятся въ настоящее время за границей. Ростъ Общества такимъ образомъ происходилъ за отчетный періодъ главнымъ образомъ за счетъ провинціальныхъ членовъ.

Между прочимъ къ 24 февраля 1913 года земская и городская статистика въ составѣ Общества была представлена 20 провинціальными статистическими центрами, не считая статистическихъ учрежденій Москвы. Въ настоящее время число этихъ центровъ увеличилось до 36 — къ перечисленнымъ въ прошлогоднемъ отчетѣ слѣдуетъ прибавить слѣдующіе: Петрозаводскъ, Гомель, Житоміръ, Ставрополь К., Минскъ, Ташкентъ, Нижній-Новгородъ, Баку, Уржумъ, Казань, Екатеринославъ, Ардатовъ, Херсонъ, Мензелинскъ, Каменецъ-Подольскъ, Царицынъ.

Составъ существующихъ отдѣленій при Обществѣ выражается въ настоящую минуту въ слѣдующихъ цифрахъ:

Въ отдѣл.	теоретич.	экономіи	на 24. II. 1914 г.	состоитъ	82	чл.	(70	въ 1913 г.).
»	»	статистики	»	»	»	»	221	»	(156	»	»	).
»	»	соціальной	исторіи	»	»	»	»	68	»	(61 | » | » |).
»	»	соціальн.	политики	»	»	»	»	42	»	—			

Составъ должностныхъ лицъ Общества имени Александра Ивановича Чупрова, переизбранный въ чрезвычайномъ засѣданіи 1 марта 1913 года, остался тотъ же на 24 февраля 1914 года и представляется въ слѣдующемъ видѣ:

Предсѣдатель Общества: **Н. А. Каблуковъ.**

Товарищи предсѣдателя: **В. Я. Желѣзновъ** и **С. Н. Булгаковъ.**

Члены Совѣта: **А. А. Мануиловъ, А. А. Чупровъ, В. И. Анисимовъ, М. Д. Загряцковъ** и **А. В. Горбуновъ.**

Казначей: **П. П. Гензель.**

Секретарь: **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Тов. секретаря: **Л. Б. Кафенгаузъ** и **Л. П. Литошенко** (взамѣнъ отказавшагося Н. А. Свавицкаго).

Библіотекарь: **Н. А. Свавицкій.**

Прежнимъ остался и составъ ревизіонной комиссіи, членами которой на 24 февраля 1914 года состоятъ:

В. А. Перелешинъ, И. Г. Коганъ, А. Е. Лосицкій, П. А. Бурышкинъ и **В. С. Малченко.**

Digitized by Google

Согласно наказа отдѣленіямъ за истекшій мѣсяцъ состоялось переизбраніе президіума отдѣленія соціальной исторіи. Избранными оказались слѣдующія лица:

Предсѣдатель: **Д. М. Петрушевскій.**

Тов. предсѣдателя: **А. А. Кизеветтеръ.**

Секретарь: **А. Д. Удальцовъ.**

Выборы президіума въ отдѣленія статистики и теоретической экономіи должны произойти въ ближайшемъ будущемъ.

Отдѣленіе соціальной политики конституировалось фактически лишь на общемъ собраніи Общества отъ 21 октября 1913 года. Тогда же предсѣдателемъ отдѣленія былъ избранъ **В. Я. Желѣзновъ,** товарищемъ предсѣдателя **М. Д. Загрядковъ.** Въ настоящее время секція только приступаетъ къ своей дѣятельности.

Президіумъ комиссіи по вопросамъ земской статистики на 24 февраля 1914 года состоитъ попрежнему изъ слѣдующихъ лицъ:

Предсѣдатель: **Н. А. Каблуковъ.**

Тов. предсѣдателя: **В. И. Анисимовъ** и **Н. И. Воробьевъ.**

Секретари: **Н. А. Свавицкій** и **М. И. Богомазовъ.**

За отчетный годъ съ 24 февраля 1913 года по 24 февраля 1914 года Совѣтъ Общества имѣлъ восемь засѣданій: 23 марта, 27 сентября, 21 октября, 8 и 30 ноября, 31 января и 14 и 24 февраля.

За то же время Общество имѣло 12 закрытыхъ собраній:

1) Въ первомъ собраніи — 1 марта 1913 года былъ заслушанъ докладъ **А. А. Мануилова** «О предметѣ и характерѣ теоретической экономіи».

2) Во второмъ собраніи — 4 апрѣля 1913 года — докладъ **В. А. Косинскаго** «Земельная задолженность въ капиталистическихъ и трудовыхъ хозяйствахъ».

3) Въ третьемъ — 22 апрѣля 1913 года — докладъ **А. П. Анцыферова** «Центральный банкъ кооперативнаго кредита».

4) На четвертомъ — 3 октября 1913 года — докладъ **А. А. Мануилова** о книгѣ П. Б. Струве «Хозяйство и цѣна».

5) Въ пятомъ — 10 октября 1913 года — докладъ **В. А. Косинскаго** «Экономическая природа всеобщаго перепроизводства при торгово-промышленныхъ кризисахъ».

6) Въ шестомъ — 21 октября 1913 года — докладъ **А. А. Кауфманъ** «Къ вопросу о всеобщей переписи населенія Имперіи».

7) Въ седьмомъ — 31 октября 1913 года — докладъ **О. А. Шкапскаго** «Организація воднаго хозяйства въ Туркестанѣ».

8) Восьмое засѣданіе — 30 ноября 1913 года — было посвящено памяти экономиста-теоретика Владиміра Карповича Дмитріева. Въ немъ были заслушаны доклады: **Н. Н. Шапошникова,** «О теоретическихъ работахъ В. К. Дмитріева» и **С. А. Первушина,** «О статистическихъ трудахъ В. К. Дмитріева».

9) На девятомъ засѣданіи, чрезвычайномъ — 31 января — было постановлено издавать при Обществѣ журналъ «Статистическій Вѣстникъ».

Digitized by Google

10) На десятомъ засѣданіи — 31 января — былъ прочитанъ докладъ **Л. Б. Кафенгаузъ**, «Подъемъ промышленности 1909—1913 гг. и ближайшія перспективы промышленнаго развитія въ Россіи».

11) Въ одиннадцатомъ засѣданіи — 7 февраля — докладъ **Е. П. Тарасовой**, «Таможенные тарифы и русская хлопчато-бумажная промышленность въ концѣ XIX и началѣ XX столѣтій».

12) Наконецъ въ сегодняшнемъ двѣнадцатомъ засѣданіи имѣетъ быть заслушанъ докладъ **Н. П. Огановскаго**, «Переселенческое движеніе и колонизація Азіатской Россіи послѣ 1905 года».

Данныя о посѣщаемости собраній, если, конечно, исходить изъ не всегда точной регистраціи во время этихъ засѣданій, таковы: максимумъ присутствующихъ членовъ — 69; минимумъ 13. Среднее — 43.

Дѣятельность отдѣленій за отчетный періодъ выразилась въ слѣдующемъ:

Въ отдѣленіи теоретической экономіи были прочитаны слѣдующіе доклады:

1) 3 апрѣля 1913 года — **В. Я. Желѣзнова** «Къ теоріи городской ренты».

2) 18 октября 1913 года — **А. В. Чаянова** «Основы сложенія потребительскаго бюджета».

Въ статистическомъ отдѣленіи.

1) 16 марта 1913 года — **Р. М. Оржепцкаго** «Нѣсколько вопросовъ статистической методологіи».

2) 23 марта 1913 года — **В. М. Обухова** «Зависимость между урожайностью и размѣромъ хозяйства».

3) 20, 21 октября 1913 года: **А. В. Чаянова** «О пріемахъ разработки крестьянскихъ бюджетовъ»; **В. Г. Громана, М. О. Оберъ-Таллеръ, Е. В. Пашковскаго, Н. И. Воробьева, П. И. Попова** и **Н. Я. Казимірова** — о пріемахъ собиранія и разработки бюджетныхъ данныхъ по Пензенской, Полтавской, Вологодской, Костромской, Тульской и Московской губерніямъ.

4) Въ засѣданіи 22 октября 1913 года былъ заслушанъ докладъ Совѣта Съѣзда Представителей Льняного Дѣла — «Объ организаціи текущей статистики урожаевъ льна».

Въ отдѣленіи соціальной исторіи.

1) 12 марта 1913 года — докладъ **В. И. Пичета** «Аграрная реформа Сигизмунда-Августа и отношеніе къ ней Литовско-Русской шляхты».

Докладъ **Д. Н. Егорова** «Памяти Грановскаго».

2) 26 марта 1913 года — **А. А. Кизеветтеръ** «Новѣйшія работы по исторіи русскаго общественнаго движенія».

3) 23 ноября 1913 года — **А. Д. Удальцова** «Свободная деревня въ Западной Нейстріи въ эпоху Меровинговъ и Каролинговъ».

Его же «Аграрный строй Каролингской Фландріи по даннымъ Бертинскаго картулярія».

4) 21 февраля 1914 года — **В. В. Терешковичъ** по поводу книги Допша о хозяйственномъ строѣ Германіи въ эпоху Каролинговъ.

По примѣру прошлаго года комиссія по вопросамъ земской статистики имѣла рядъ засѣданій (7) на масленичной недѣлѣ. Въ теченіе этихъ засѣданій были заслушаны слѣдующіе доклады:

Digitized by Google

М. С. Антиповича (относительно обслѣдованія кустарныхъ промысловъ); **Г. И. Баскина** (основные вопросы статистической методологіи въ земельной оцѣнкѣ); **В. И. Анисимова** («Постановка текущей статистики урожаевъ»); **Н. А. Свавицкаго** (о пріемахъ подворныхъ группировокъ); **С. Н. Прокоповичъ** (объ основаніяхъ выбора признаковъ для построенія комбинаціонныхъ таблицъ); **В. И. Анисимова** (организація общества взаимопомощи статистиковъ), **А. Е. Лосицкаго** (официальная публикація данныхъ о выходѣ изъ общины); **А. В. Чаянова** (постановка бюджетныхъ изслѣдованій).

Общее число засѣданій Совѣта Общества, его отдѣленій и комиссій выражается въ цифрѣ 37 (1912—13 гг. — 44), при чемъ прочитано было 37 докладовъ (1912—13 гг. — 31).

Въ истекшемъ году согласно постановленію общаго собранія 1 марта 1913 года Совѣтъ приступилъ къ организаціи библіотеки Общества.

Въ октябрѣ всѣмъ членамъ былъ разосланъ особый циркуляръ, въ которомъ Совѣтъ обращался съ просьбой передать въ библіотеку Общества свои сочиненія, какъ уже напечатанныя, такъ и имѣющія появиться въ печати. Члены Общества сочувственно отнеслись къ просьбѣ Совѣта — къ 24 февраля 1914 года въ библіотекѣ Общества уже находилось 300 отдѣльныхъ томовъ и брошюръ. Что касается до расходованія средствъ, ассигнованныхъ смѣтою на 1913 годъ и вновь включенныхъ въ смѣту на 1914 годъ, Совѣтъ рѣшилъ остановиться главнымъ образомъ на пріобрѣтеніи и подборѣ какъ русскихъ, такъ и иностранныхъ, какъ періодическихъ, такъ и одновременныхъ изданій, преслѣдующихъ библіографическія цѣли.

За отчетный періодъ Общество имени Александра Ивановича Чупрова принимало участіе въ издаваемомъ Московскимъ Юридическимъ Обществомъ журналѣ «Юридическій Вѣстникъ». Въ книжкахъ журнала за 1913 годъ были напечатаны слѣдующія статьи экономическаго содержанія:

А. А. Мануиловъ «Къ вопросу о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи».

С. Н. Прокоповичъ, «Вліяніе рынка на организацію крестьянскаго хозяйства».

Сверхъ того членъ Общества **З. С. Каценеленбаумъ** помѣстилъ въ журналѣ рецензію на книгу Н. Н. Шапошникова, «Теорія цѣнности и распредѣленія».

Редакторомъ экономическаго отдѣла журнала состоялъ **А. А. Мануиловъ.**

Въ журналѣ «Юридическій Вѣстникъ», между прочимъ печатались протоколы засѣданій общихъ собраній. Протоколы эти въ формѣ отдѣльныхъ оттисковъ разсылались затѣмъ всѣмъ членамъ Общества.

«Юридическій Вѣстникъ» имѣетъ въ виду для своей экономической части статьи общаго содержанія. Но уже съ прошлаго года среди членовъ Общества, работающихъ въ области земской и городской статистики, стали все чаще раздаваться заявленія о необходимости изданія при Обществѣ спеціально статистическаго журнала, въ которомъ бы помѣщались статьи, хроника и рецензіи, пріуроченныя къ запросамъ повседневной статистической работы. Отдѣльные члены Общества еще въ началѣ 1913 года заявили о своей готовности сдѣлать спеціальныя пожертвованія на изданіе журнала, и къ 24 февраля 1914 года сумма этихъ пожертвованій, уже внесенныхъ въ кассу Общества, составляла 692 руб. 50 коп. Осенью 1913 года комиссія по вопросамъ земской статистики разослала особыя обращенія къ своимъ провинціальнымъ членамъ о матеріальной поддержкѣ журнала. При этомъ рядъ учрежденій выразилъ свою готовность подписаться на извѣстное число экземпляровъ

Digitized by Google

журнала. Вопросъ объ изданіи статистическаго журнала и его смѣта разсматривались въ Совѣтѣ и затѣмъ, внесенные на чрезвычайное собраніе Общества отъ 31 января с. г., были разрѣшены въ положительномъ смыслѣ. Такимъ образомъ съ 1914 года при Обществѣ подъ ближайшимъ наблюденіемъ статистическаго отдѣленія и подъ редакціей **Н. А. Каблукова** будетъ издаваться спеціальный журналъ подъ названіемъ «Статистическій Вѣстникъ».

Въ октябрѣ прошлаго года Общество въ лицѣ своего предсѣдателя приняло участіе въ 50-лѣтнемъ юбилеѣ «Русскихъ Вѣдомостей», имѣющихъ столь тѣсную связь съ Обществомъ благодаря тому ученому, чье имя носитъ само Общество. На торжественномъ засѣданіи «Русскимъ Вѣдомостямъ» былъ переданъ предсѣдателемъ Общества адресъ съ подписями его членовъ.

Чтобы дополнить картину дѣятельности Общества за истекшій періодъ, Совѣтъ считаетъ своимъ долгомъ указать еще на то особое положеніе, которое начинаетъ пріобрѣтать Общество имени Александра Ивановича Чупрова въ области экономической мысли и экономическихъ изслѣдованій въ Россіи. Съ одной стороны на разсмотрѣніе Общества, его Совѣта и комиссій все чаще начинаютъ поступать программы, планы и проекты изслѣдованій, выработанные въ тѣхъ или иныхъ постоянныхъ или временныхъ организаціяхъ. Такъ, въ статистическомъ отдѣленіи Общества 22 октября 1913 года Совѣтомъ Съѣзда представителей льняного дѣла былъ предложенъ на разсмотрѣніе вопросъ объ организаціи текущей статистики урожаевъ льна; программа сельскохозяйственной переписи, разработанная особой комиссіей при сельскохозяйственномъ съѣздѣ въ Кіевѣ, вмѣстѣ съ замѣчаніями Кіевскаго Общества экономистовъ, была согласно постановленію съѣзда передана къ 1 декабря 1913 года на окончательное разсмотрѣніе Общества; второй всероссійскій кооперативный съѣздъ въ Кіевѣ постановилъ передать на разсмотрѣніе Общества имени Александра Ивановича Чупрова вопросъ о залогѣ надѣльныхъ земель; Екатеринославскій съѣздъ по организаціи хлѣбной торговли — вопросъ объ организаціи текущей статистики урожаевъ; Харьковскій съѣздъ по статистикѣ народнаго образованія — вопросъ объ организаціи этой статистики и т. д. Съ другой стороны, статистическое отдѣленіе и комиссія по вопросамъ земской статистики, привлекая все большее число статистиковъ-практиковъ и статистиковъ-теоретиковъ, начинаетъ замѣтно играть роль объединяющей инстанціи въ работахъ отдѣльныхъ статистическихъ центровъ. Повидимому то же стоитъ и передъ вновь открываемыми комиссіями по вопросамъ городской, страховой и урожайной статистики.

Отчетъ казначея Общества А. И. Чупрова о доходахъ и расходахъ Общества за время съ 1 января по 31 декабря 1913 г.

На 1 января 1913 г. состояло на текущемъ счету въ коммерческомъ банкѣ «И. В. Юнкеръ и К-о» . . . . . 416 р. 95 к.
» » » » состояло наличными у казначея Общества 35 р. 40 к.

Итого . . . . . 452 р. 35 к.

Въ теченіе 1913 года поступило:

287 (двѣсти восемьдесятъ семь) членскихъ взносовъ по 5 рублей . . . . . 1435 р. — к.
Пожертвованіе на изданіе журнала . . . . 5 » — »

Digitized by Google

	Начислено %% по текущему счету въ Коммерческомъ банкѣ «И. В. Юнкеръ и К°»	34 р. 48 к.
	Итого . . .	1926 р. 83 к.

Въ теченіе 1913 года израсходовано:

Ассигновано по смѣтѣ 1913 года 650 р. — к.	На покрытіе расходовъ по организаціи общихъ и секц. собраній, наемъ дѣлопроизводителя, разсылку повѣстокъ, почтовые и т. д. расходы, бланки, бумагу, мелкіе расходы и по сбору членскихъ взносовъ	645 р. 61 к.
150 р. — к.	На журналъ и печатаніе (печатаніе протоколовъ и отчетовъ)	150 » — »
800 р. — к.	Итого израсходовано . . .	795 р. 61 к.
	На 1 января 1914 года остатокъ суммъ . . .	1131 р. 22 к.

Итого имѣется налицо на 1 января 1914 года сумма въ 1131 руб. 22 коп. (тысяча сто тридцать одинъ рубль двадцать двѣ копейки), изъ коихъ 1126 руб. 43 коп. находятся на храненіи на текущемъ счету въ коммерческомъ банкѣ «И. В. Юнкеръ и К-о» и 4 руб. 79 коп. наличными у казначея Общества на текущіе расходы.

1 января 1914 года.

Казначей Общества **Пав. Гензель.**

18 февраля 1914 года ревизіонная комиссія провѣрила отчетъ г. казначея, нашла всѣ записи въ книгахъ правильными, наличность, согласно съ остаткомъ по кассовой книгѣ на 1 января с. г., въ суммѣ 4 руб. 79 коп. Остатокъ на текущемъ счету въ суммѣ 1126 руб. 43 коп. удостовѣряется расчетной книжкой коммерческаго банка «И. В. Юнкеръ и К-о». Оправдательные документы оказались въ полномъ порядкѣ. Остатокъ наличности на 18 февраля оказался въ суммѣ 1 руб. 98 коп., остатокъ на текущемъ счету коммерческаго банка «И. В. Юнкеръ и К-о», согласно расчетной книжкѣ — 1586 руб. 43 коп.

И. Г. Коганъ, В. А. Перелешинъ, П. А. Бурышкинъ, А. Е. Лосицкій, В. С. Малченко.

Журналъ общаго собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 10 марта 1914 года.

Предсѣдательствовалъ **С. Н. Булгаковъ.**

1. Заслушанъ докладъ **А. В. Чаянова** «Къ вопросу о теоріи трудового хозяйства».

По заслушаніи доклада послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе: **Н. Г. Пѣтуховъ, А. А. Рыбниковъ, Д. Н. Иванцовъ, А. Е. Лосицкій, З. С. Каценеленбаумъ, С. Н. Булгаковъ.**

Пренія къ докладу **А. В. Чаянова** «Къ вопросу о теоріи трудового хозяйства».

Digitized by Google

ТЕЗИСЫ ДОКЛАДА:

1. Трудовое хозяйство невозможно мыслить, какъ нѣкоторую разновидность капиталистически организованнаго предпріятія, въ которомъ предприниматель получаетъ заработную плату, такъ какъ это представленіе, поясняющее нѣкоторыя отличительныя его особенности, совершенно недостаточно для пониманія трудового хозяйства въ цѣломъ.

2. Изъ всѣхъ теорій трудового хозяйства гипотеза, согласно которой предѣлъ продукціи въ трудовомъ хозяйствѣ опредѣляется соотношеніемъ мѣры удовлетворенія потребностей хозяйствующей семьи и мѣры тягостности труда — даетъ наиболѣе простое и ясное объясненіе отличительныхъ особенностей трудового хозяйства.

3. Сообразно этой теоріи размѣръ продукціи въ трудовомъ хозяйствѣ опредѣляется равновѣсіемъ между величиной субъективной оцѣнки предѣльнаго рубля бюджета и величиной субъективной оцѣнки тягостности предѣльной единицы труда, необходимой для добычи этого рубля.

5. Это равновѣсіе носитъ подвижной характеръ и наступаетъ при разныхъ размѣрахъ продукціи въ зависимости отъ измѣненій условій потребленія и производства. Такъ, напримѣръ: а) при ростѣ потребностей оно устанавливается при повышенной продукціи; б) при паденіи оплаты единицы труда продукція падаетъ, сумма же труда нарастаетъ.

5. Законъ равновѣсія, опредѣляющій собою организацію трудового хозяйства, въ зависимости отъ различныхъ мѣстныхъ условій, имѣетъ самое разнообразное конкретное выраженіе.

П. Г. Пѣтуховъ отмѣчаетъ прежде всего, что съ чисто формальной точки зрѣнія докладчику нѣтъ основанія исходить изъ теорій Госсена и Джевонса, что придаетъ его построеніямъ видъ какъ бы позабытой и теперь вновь возрождающейся къ жизни теоріи. Это неправильно фактически, такъ какъ не только у большихъ теоретиковъ современности, какъ у Маршалля, но и въ любой ходячей книжкѣ по теоріи политической экономіи, разъ она принадлежитъ къ очень обширной англо-американской литературѣ (да и не только англо-американской), всѣ конструкціи докладчика имѣются налицо. Докладчикъ все время оперируетъ съ «трудовымъ хозяйствомъ». Но что это такое? Есть ли это форма должнаго будущаго, которая вытѣснитъ всѣ другія формы хозяйства, или это просто побочная и переходная форма въ общей хозяйственной жизни? Затѣмъ докладчикъ полагаетъ, что трудовое хозяйство лежитъ какъ бы внѣ рынка, внѣ соціальной сферы, но какъ же возможно тогда оперировать во всѣхъ конструкціяхъ съ понятіемъ рубля, понятіемъ денегъ, наиболѣе «соціальной» категоріей среди всѣхъ другихъ въ области хозяйства? Оперированіе съ деньгами предполагаетъ рядъ особыхъ трудностей, съ которыми не раздѣлалась австрійская школа и которыя особымъ образомъ разрѣшаютъ математики. Наконецъ докладчикъ рисуетъ своего субъекта трудового хозяйства, далекаго отъ рынка и экономическаго раціонализма промышленныхъ центровъ, оперирующимъ съ такимъ тонкимъ хозяйственнымъ расчетомъ, который сдѣлаетъ честь любому банкиру. Теоретически можно предполагать такія конструкціи, но не слѣдуетъ видѣть въ этомъ реальную жизнь во всей ея полнотѣ.

А. А. Рыбниковъ полагаетъ, что докладчикъ не устанавливаетъ точнаго понятія трудового хозяйства и эта невыясненность изучаемаго имъ явленія приводитъ его ко многимъ неопредѣленнымъ и противорѣчивымъ положе-

Digitized by Google

ніямъ. Докладчикъ, напр., указываетъ, что онъ противополагаетъ разсчетъ изучаемаго имъ трудового хозяйства, которое онъ мыслитъ натуральнымъ и изолированнымъ, капиталистическимъ разсчетамъ. Такое выраженіе грѣшитъ логической несообразностью. Можно противопоставлять трудовое мелкое натуральное хозяйство—натуральному, но крупному, напр., рабскому, можно также противопоставлять мелкое трудовое хозяйство въ этомъ отношеніи — капиталистическому, но никакъ нельзя дѣлать сравненія въ разныхъ совершенно плоскостяхъ, какъ это мы наблюдаемъ у докладчика. Докладчикъ кромѣ того мало считался даже и съ тѣми положеніями, которыя самъ вначалѣ указалъ. Анализируя натуральное изолированное хозяйство, докладчикъ, самъ не замѣчая того, сходитъ со своей позиціи и вводитъ въ разсматриваемые имъ хозяйственные разсчеты вопросъ о выгодности внутрихозяйственнаго труда, что приходится выяснять путемъ сравненія съ рыночными оцѣнками труда.

Помимо недостатковъ въ логической конструкціи, мы полагаемъ, что докладчикъ долженъ бы доказать, исходя изъ психики хозяйствующаго субъекта, руководящаго хозяйствомъ, что взятыхъ имъ элементовъ достаточно для построенія его теоріи. Но докладчикъ не устанавливаетъ даже того, что онъ подразумѣваетъ подъ потребностями, которыя двигаютъ хозяйственную жизнь, можно было лишь догадываться, что это главнымъ образомъ личное потребленіе семьи. Если послѣднее справедливо, то надо было показать и доказать, почему интересы хозяйствующаго субъекта останавливаются именно только на удовлетвореніи этихъ потребностей и не идутъ дальше по пути повышенія потребностей, накопленія и т. п. Зомбартъ, оперируя съ хозяйственнымъ разсчетомъ средневѣковаго ремесленника, чтобы выяснить специфическія черты этого разсчета, возсоздаетъ передъ нами всю ту атмосферу, въ которой протекала эта жизнь, и мы дѣйствительно послѣ этого можемъ вполнѣ согласиться съ его положеніемъ, что въ основѣ ремесленной дѣятельности въ средніе вѣка лежала забота удовлетворенія насущныхъ потребностей.

Докладчикъ въ своихъ выводахъ, какъ будто, подходитъ близко къ только что указанной проблемѣ, но мы совершенно не находимъ у него тѣхъ психологическихъ основъ, на которыхъ и въ наше время могъ вырасти разсчетъ подобный разсчету средневѣковаго ремесленника.

Мы не хотимъ этимъ сказать, что исканія въ только что указанномъ направленіи безнадежны, но очевидно къ рѣшенію поставленнаго вопроса придется итти инымъ путемъ, чѣмъ предлагаетъ докладчикъ. Намъ кажется, что въ указанныхъ цѣляхъ представляетъ большой интересъ сопоставленіе разсчетовъ мелкихъ натуральнаго и мѣнового хозяйствъ. Если первое можетъ быть болѣе базируется на субъективной оцѣнкѣ предѣльной полезности благъ внутри хозяйства, то второе (мѣновое) все болѣе и болѣе сравниваетъ хозяйственную ихъ стоимость съ оцѣнкою рынка. Переходъ основанія оцѣнки мы находимъ и въ отношеніяхъ между членами хозяйствующей семьи, внутри которой съ ростомъ денежныхъ отношеній все болѣе усиливается преобладаніе учета личныхъ выгодъ каждаго участвующаго въ работѣ въ противоположность болѣе раннимъ солидарнымъ интересамъ всей семьи. Игнорируя все это, докладчикъ лишаетъ себя возможности намѣтить границу, въ предѣлахъ которой его предположенія имѣютъ значеніе.

Оставляютъ сомнѣнія и вызываютъ большія возраженія стремленія докладчика ограничить свой анализъ только соотношеніемъ предѣла продукціи

Digitized by Google

и удовлетворенія потребностей безъ введенія въ разсмотрѣніе средствъ производства. Не выяснивъ вліянія средствъ производства, мы рѣшительно не можемъ сдѣлать вывода о причинахъ такого расчета, который рисуетъ намъ докладчикъ — мы не знаемъ, дѣйствительно ли не хочетъ иначе организовать доходъ своего хозяйства крестьянинъ или можетъ быть не можетъ по недостатку средствъ.

Для построенія теоріи крестьянскаго хозяйства въ положеніяхъ доклада недостаетъ многаго, и во всякомъ случаѣ для этихъ цѣлей совершенно недостаточно тѣхъ общихъ соображеній, которыя кладетъ въ основу своей работы докладчикъ.

Д. Н. Иванцовъ выражаетъ недоумѣніе по поводу чрезмѣрной обстоятельности, съ какой докладчикъ останавливается на доказательствѣ своеобразной экономической природы трудового хозяйства. Казалось бы, что послѣ работы Герца, главное же — послѣ русскихъ изслѣдованій Н. А. Каблукова, П. Маслова и особенно В. А. Косинскаго, котораго докладчикъ почему-то зачисляетъ въ рядъ сторонниковъ оспариваемаго имъ направленія,— этотъ пунктъ вполнѣ выясненъ и въ усиленныхъ доказательствахъ не нуждается.

Что касается предмета и метода доклада, докладчикъ сосредоточиваетъ вниманіе исключительно на выясненіи законовъ, опредѣляющихъ высоту продукціи трудового хозяйства. Въ чисто теоретическомъ смыслѣ этотъ вопросъ слѣдуетъ признать второстепеннымъ. Во всякомъ случаѣ его рѣшенію необходимо должно предшествовать опредѣленіе экономическихъ предпосылокъ самой возможности существованія трудового хозяйства въ условіяхъ развитого капитализма, — опредѣленіе, котораго докладчикъ не дѣлаетъ.

Допуская даже, что выясненіе законовъ высоты продукціи трудового хозяйства само по себѣ важно, ни въ какомъ случаѣ нельзя считать, что способно дать ключъ къ уразумѣнію дѣйствительныхъ отношеній въ области сельскаго хозяйства и, въ частности, къ теоретической раціонализаціи бюджетныхъ данныхъ, изучаемыхъ докладчикомъ, то выясненіе ихъ, которое имѣетъ въ виду дѣйствіе исключительно внутреннихъ, органическихъ силъ трудового хозяйства. На высоту продукціи трудового хозяйства вліяютъ въ самой рѣзкой степени и внѣшніе факторы, — рынокъ сельско-хозяйственныхъ продуктовъ и рабочихъ рукъ, высота земельной обезпеченности крестьянъ и т. д. Приступать къ объясненію сельско-хозяйственной дѣйствительности, не выяснивши предварительно, какъ реагируетъ трудовое хозяйство на эти внѣшнія вліянія, значитъ заранѣе обрекать все изслѣдованіе на неудачу.

Приводимыя докладчикомъ статистическія данныя не могутъ служить иллюстраціей его теоретическихъ положеній: докладчикъ не доказалъ и даже не пытался доказать, что предпосылки, изъ коихъ онъ въ своей теоріи исходитъ, сколько-нибудь характерны для тѣхъ дѣйствительныхъ условій, отраженіемъ которыхъ служатъ его цифры.

Замѣчаемыя въ нѣкоторыхъ работахъ докладчика попытки базировать свои чисто-теоретическія построенія какъ на абстрактныхъ соображеніяхъ, такъ и на неподвергнутыхъ логической переработкѣ положеніяхъ грубо-эмпирическаго характера, противорѣчатъ требованію принципіальной равноцѣнности элементовъ научной теоріи.

А. Е. Лосицкій считаетъ, что необходимо начать съ **опредѣленія объекта**

Digitized by Google

конструируемой докладчикомъ теоріи. Въ изданныхъ имъ «Очеркахъ» (в. I, стран. I) онъ опредѣляетъ трудовое хозяйство какъ такое, въ которомъ количество цѣнности, поступающей въ обладаніе хозяйствующаго человѣка, «находится въ соотвѣтствіи съ количествомъ затрачиваемаго труда». Въ сегодняшнемъ докладѣ онъ буквально заявилъ: «трудовое хозяйство — такое, въ которомъ полученіе цѣнностей связано съ пропорціональной затратой труда». Такъ какъ полученіе цѣнности вообще и во всякихъ хозяйствахъ связано съ затратой своего или чужого труда, то цитированныя опредѣленія недостаточны для того, чтобы отличать «трудовое» хозяйство отъ капиталистическаго. Поскольку же въ сегодняшнемъ опредѣленіи говорится о «пропорціональной» затратѣ труда, то почтенный докладчикъ предвосхищаетъ здѣсь результаты фактическаго или теоретическаго анализа, который имъ еще не сдѣланъ, и поэтому его вообще недостаточное опредѣленіе является въ этомъ отношеніи излишне полнымъ. Возникаетъ недоумѣніе и по поводу того, относятся ли положенія докладчика о трудовомъ хозяйствѣ и къ хозяйствамъ натуральнаго типа, какъ это можно было понять изъ сегодняшняго доклада. Изъ напечатанныхъ работъ докладчика мы знаемъ, наоборотъ, что его анализъ относится къ «хозяйствамъ, вступавшимъ въ денежно-товарныя отношенія», къ «земледѣльческой крестьянской странѣ, ведущей товарное трудовое хозяйство» (ib., стран. 1 и 7—8).

Повидимому, при такой неточности опредѣленій центръ тяжести доклада приходится искать не въ теоретическомъ, а въ фактическомъ анализѣ. Въ качествѣ образцовъ такового докладчикъ представилъ намъ свои діаграммы, вычерченныя по гипсометрическому или, какъ онъ называетъ, геодезическому способу. Эти, не совсѣмъ обычныя графики, иллюстрирующія довольно сложныя отношенія факторовъ трудового хозяйства, были изложены такъ суммарно и бѣгло, что для даннаго случая поневолѣ приходится согласиться съ заявленіемъ А. А. Кауфмана на одномъ изъ послѣднихъ съѣздовъ статистиковъ о безполезности подобныхъ графиковъ, ибо они не могутъ замѣнить соотвѣтствующихъ таблицъ и труднѣе для пониманія, чѣмъ послѣднія.

Докладчикъ не обнаружилъ стремленія ознакомить собраніе съ существомъ подмѣченныхъ имъ законосообразностей, не шелъ навстрѣчу детальной критикѣ своихъ выводовъ и сдѣлалъ, на мой взглядъ, невозможнымъ въ настоящемъ собраніи разборъ этой части доклада. Лично я, какъ статистикъ, могу только протестовать противъ такого скомканнаго изложенія довольно сложныхъ фактовъ.

Матеріалъ для ознакомленія съ содержаніемъ и пріемами анализа докладчика приходится искать въ печатныхъ его работахъ по затронутому имъ сегодня вопросу. Къ сожалѣнію, и тутъ уважаемый докладчикъ обычно принуждаетъ брать данныя на вѣру и не даетъ способовъ для провѣрки его выводовъ. Такъ, напримѣръ, онъ неоднократно пользуется бюджетными данными Ф. Щербины по Воронежской губ. (изд. «Крестьянскіе бюджеты»), вычисляя для нихъ показатели, которыхъ нѣтъ въ подлинныхъ публикаціяхъ, и группируя по этимъ показателямъ бюджеты. Не указывая иногда способа вычисленія отношеній-показателей (напримѣръ, отношенія ѣдоковъ къ работникамъ, стран. 12, вып. I), онъ никогда не перечисляетъ бюджетовъ, вошедшихъ въ ту или другую группу, а между тѣмъ это было чрезвычайно легко сдѣлать, ибо бюджеты въ этомъ изданіи пронумерованы. Все это затрудняетъ и даже дѣлаетъ невозможнымъ провѣрку выводовъ автора

Digitized by Google

и пополненіе его анализа, обычно неполнаго, ограничивающагося изученіемъ только двухъ-трехъ выбранныхъ имъ факторовъ. То же замѣчаніе относится и къ другимъ матеріаламъ докладчика.

Несмотря на такой характеръ изложенія, мы все же имѣемъ возможность ясно показать нѣкоторые пріемы «анализа» докладчика по одному изъ важнѣйшихъ пунктовъ его теоріи, «по опредѣляющему, какъ онъ говоритъ, моменту трудового хозяйства» (в. I, стран. 18). По утвержденію автора, въ русскомъ крестьянскомъ бюджетѣ размѣръ продукціи опредѣляется самимъ хозяиномъ. Размѣръ потребительнаго бюджета по разсчету на одного ѣдока есть постоянная, а размѣръ такого же бюджета на одного работника — производная, растущая въ зависимости отъ числа ѣдоковъ на одного работника. Въ этомъ отношеніи русскій крестьянскій бюджетъ рѣзко отличается отъ бюджета промышленныхъ рабочихъ. У послѣднихъ размѣръ личнаго бюджета на одного работника — почти постоянная или слабо растущая величина, а потребленіе ѣдока представляетъ изъ себя частное отъ дѣленія выработки работника на число приходящихся на него ѣдоковъ («Очерки», в. I, стран. 12—18). Во второмъ выпускѣ «Очерковъ» эти особенности русскаго бюджета подтверждены съ необыкновенной категоричностью (стран. 26). «Какъ мы выяснили въ нашемъ первомъ очеркѣ, — говоритъ авторъ, — размѣръ русскаго крестьянскаго бюджета **всецѣло опредѣляется запросами потребленія** (курсивъ мой, А. Л.), сообразно чему крестьянскій «работникъ» всегда (??) доводитъ свою продукцію до опредѣленнаго обычнаго уровня насыщенія потребностей «ѣдоковъ». На какомъ же матеріалѣ обосновано открытіе докладчика объ этомъ чудесномъ свойствѣ русскаго крестьянскаго бюджета?

На стран. 11—12-й 1-го вып. «Очерковъ» константность величины потребительнаго бюджета на одного ѣдока выводится изъ пяти статистическихъ рядовъ (по тремъ уѣздамъ Вологодской губ., Волоколамскому уѣзду Московской и по Воронежской губ.). Изъ пяти рядовъ два (по Тотемскому и Вельскому уу.) опредѣленно противорѣчатъ искомому авторомъ выводу и даютъ пониженіе потребительнаго бюджета на одного ѣдока при увеличеніи отношенія $\frac{\text{ѣдоки}}{\text{работники}}$, а третій рядъ (Вологодскій у.) даетъ не совсѣмъ устойчивую реакцію. И этотъ-то матеріалъ признается достаточнымъ для тѣхъ категорическихъ выводовъ, которые мы цитировали выше. Но еще замѣчательнѣе пользованіе тѣми же данными на стран. 17—18. Тутъ уже, при сравненіи съ гамбургскими данными, приведена только одна губернія въ цѣломъ — Вологодская, по которой выведены замѣчательно константныя величины личнаго бюджета на одного ѣдока по пяти группамъ къ зависимости отъ измѣненія отношенія числа ѣдоковъ къ числу работниковъ, а именно: 100; 98,5; 101,4; 96,0 и 99,5. Мы должны разсмотрѣть, откуда получились эти цифры.

Авторъ поясняетъ намъ, что онъ ихъ получилъ, «принимая цифры первой группы за 100» и выводя затѣмъ «среднюю изъ среднихъ по тремъ уѣздамъ». Едва ли при изученіи характера рядовъ вообще можно рекомендовать сравненіе его членовъ съ однимъ какимъ-либо изъ нихъ (въ данномъ случаѣ — начальнымъ), такъ какъ эта величина можетъ оказаться случайной; гораздо удобнѣе для этого брать болѣе устойчивую величину, напримѣръ, среднюю изъ всѣхъ членовъ. Не останавливаясь однако на этомъ, мы встрѣчаемъ новое затрудненіе: полученныхъ докладчикомъ отношеній вообще нельзя

Digitized by Google

вывести изъ цифръ «первой» группы. На самомъ дѣлѣ основаніемъ сравненія авторъ сдѣлалъ цифры второй группы (отъ 1,01 до 1,15 ѣдоковъ на одного работника, откинувши цифры первой группы). Къ сожалѣнію, свой, быть можетъ, и правильный пріемъ докладчикъ не счелъ нужнымъ не только мотивировать, но даже и оговорить. Но интереснѣе всего, что, откинувши вовсе первые члены рядовъ, онъ вывелъ затѣмъ свои средніе по губерніи изъ «среднихъ по уѣздамъ», дающихъ рѣзко расходящіеся ряды. По Вологодскому уѣзду размѣръ личнаго бюджета на одного ѣдока по пяти взятымъ авторомъ группамъ измѣнялся такъ: 57,8, 69,4, 62,8, 60,6, 67,1; а по Тотемскому и Вельскому уѣздамъ совершенно иначе: 54,4, 47,4, 53,2, 49,0, 49,3. Ходъ рядовъ прямо противоположный: первый начинается съ минимальной цифры и кончается одной изъ максимальныхъ; второй начинается максимальной и кончается одной изъ минимальныхъ; тамъ, гдѣ имѣемъ максимумъ перваго ряда (второй членъ), во второмъ ряду наблюдаемъ минимумъ. Если первую цифру каждаго ряда примемъ за 100, то первый рядъ представляется намъ въ видѣ: 100, 120, 109, 105, 116, а второй — въ видѣ: 100, 87, 98, 91, 91. Расхожденіе обоихъ рядовъ въ противоположныя стороны, какъ видимъ, весьма значительное. И вотъ, изъ этихъ двухъ противоположныхъ рядовъ и выведены тѣ почти константныя цифры, которыя приведены выше. Прямо противоположный ходъ рядовъ облегчилъ такой выводъ, но ясно, что эти «среднія изъ среднихъ» никакого реальнаго значенія не имѣютъ. Подобными пріемами изъ любыхъ данныхъ можно вывести любое положеніе. Несомнѣнно, почтенный докладчикъ произвелъ этотъ статистическій фокусъ безсознательно, но тѣмъ хуже указанный пріемъ рекомендуетъ остроту его статистическаго анализа.

При выводѣ роста продукціи работника въ зависимости отъ размѣра семьи, авторомъ не изслѣдовались никакія другія обстоятельства, вліяющія на размѣръ продукціи: ростъ надѣла на одного работника въ зависимости отъ числа ѣдоковъ въ мѣстностяхъ съ господствомъ передѣловъ по наличнымъ душамъ: возможный ростъ вмѣстѣ съ числомъ ѣдоковъ и числа полуработниковъ, не учтенныхъ авторомъ, и т. д. — вопросы, которые совершенно нельзя было обойти при сколько-нибудь серьезномъ обслѣдованіи поставленной теоремы. Все это, вмѣстѣ съ описанными выше пріемами статистическаго анализа, заставляетъ признать, что данное авторомъ фактическое обоснованіе теоріи трудового хозяйства — еще слабѣе, чѣмъ ея умозрительная часть.

Но, безполезная въ научномъ отношеніи, эта теорія можетъ быть чрезвычайно вредной въ общественномъ смыслѣ. Построеніе, по которому продукція работника такъ легко достигаетъ уровня потребностей его семьи, находится въ разительномъ противорѣчіи съ жизненными явленіями русской деревни, нерѣдко достигающей равновѣсія между количествомъ продуктовъ и числомъ ѣдоковъ только путемъ усиленной смертности послѣднихъ. Понятно, какъ такое идиллическое построеніе можетъ быть пріятно всѣмъ, кто склоненъ затушовывать общественныя противорѣчія. Такимъ тенденціямъ не должна содѣйствовать научная мысль.

З. С. Каценеленбаумъ, помимо неясности понятія трудового хозяйства, указываетъ на слѣдующіе пробѣлы въ основной схемѣ доклада.

Къ теоретической схемѣ можно подходить двояко — или обосновывать ее дедуктивно, или индуктивно. Какой способъ выбралъ докладчикъ? Очевидно, способъ дедукціи. Нельзя вѣдь назвать обоснованіемъ индуктивнымъ его статистическій матеріалъ, который въ лучшемъ случаѣ является лишь

Digitized by Google

иллюстраціей. Но дедуктивную теоретическую схему недостаточно провозгласить, ее нужно обосновать. Какую бы теорію цѣнности, дедуктивно полученную, ни взять — теорію ли трудовой цѣнности, или теорію предѣльной полезности въ обоснованіи Бемъ-Баверка, Маршалля, Вальраса, Джевонса и т. д., всегда можно увидѣть у авторовъ этихъ теорій извѣстный ходъ доказательствъ. Они начинаютъ обычно съ доказательства высказанныхъ раньше взглядовъ, а затѣмъ приходятъ къ своимъ схемамъ путемъ стройныхъ логическихъ доказательствъ. Это долженъ былъ сдѣлать и докладчикъ. На немъ тѣмъ болѣе лежала такая обязанность, что по его мнѣнію «трудовое» хозяйство рѣзко отличается отъ капиталистическаго, и схемы, примѣнимыя къ послѣднему, тѣмъ болѣе требуютъ обоснованія, когда ихъ желаютъ, распространить на трудовое хозяйство. Между тѣмъ докладчикъ своихъ схемъ и примѣнимости закона Госсена-Джевонса къ трудовому хозяйству совершенно не доказываетъ. Онъ ихъ просто провозглашаетъ, и въ этомъ смыслѣ объ его взглядахъ нельзя говорить какъ о «теоріи». Интересно было бы еще выяснить, насколько «трудовое» хозяйство съ точки зрѣнія «должнаго» можетъ быть признано идеальнымъ типомъ хозяйства. Однимъ изъ признаковъ трудового хозяйства, укрѣпляющимъ его позицію по сравненію съ хозяйствомъ капиталистическимъ, является недостаточная равномѣрность въ распредѣленіи труда въ разные періоды года. Но эта неравномѣрность — явленіе весьма отрицательное, и не ему ли земледѣліе обязано тѣмъ, что страны земледѣльческія являются должниками странъ промышленныхъ?

С. Н. Булгаковъ отмѣчаетъ основную неясность доклада. Докладъ страдаетъ тѣмъ, чѣмъ часто страдаетъ политическая экономія вообще — путемъ самообмана и самогипноза извѣстной схемѣ, построенной на труизмѣ и усложненной логической и математической разработкой, придаютъ значеніе исчерпывающей жизненныя явленія теоріи. Есть извѣстныя школы, которыя ограничиваются чисто теоретическими конструкціями и постольку онѣ правы — переходъ къ жизненнымъ явленіямъ повлекъ бы за собою рядъ новыхъ трудностей. Но докладъ оперируетъ съ статистическими данными — исходя отъ чрезмѣрной абстракціи, онъ переходитъ къ конкретному и не видитъ рѣзкой границы между ними. Если бы докладчикъ ограничился изученіемъ однѣхъ статистическихъ данныхъ, то получились бы весьма интересные результаты и обобщенія — получились бы также теоретическіе выводы, но aposteriог'наго характера. Коренная ошибка доклада — это недостаточная продуманность его логическихъ предпосылокъ.

Въ отвѣтъ на сдѣланныя возраженія докладчикъ привелъ слѣдующее. Прежде всего онъ указалъ (А. Е. Лосицкому), что первая группа въ предложенной группировкѣ по отношенію $\frac{\text{ѣдоки}}{\text{работники}}$ соединяетъ въ себѣ семьи, совершенно не обремененныя неработоспособными домочадцами, и представляетъ собою совокупность, качественно отличную отъ другихъ группъ.

Благодаря этому обстоятельству паденіе и нарастаніе рядовъ слѣдуетъ въ этой группировкѣ анализировать, начиная со второй группы.

При этомъ методѣ анализа, изъ всѣхъ произведенныхъ докладчикомъ бюджетныхъ сопоставленій видно, что размѣръ потребленія работника колеблется около средней безъ опредѣленной тенденціи къ пониженію или къ повышенію, въ то время какъ рядъ продукціи работника даетъ вполнѣ ясно выраженное нарастаніе величинъ по мѣрѣ увеличенія обремененности работника семьей.

Digitized by Google

Далѣе докладчикъ указываетъ, что, дѣлая свои построенія, онъ попрежнему считалъ, что имѣетъ дѣло съ товарнымъ трудовымъ хозяйствомъ, указаніе же на возможность существованія изолированнаго натуральнаго трудового хозяйства явилось необходимымъ, дабы подчеркнуть, что основные законы трудового хозяйства должны распространяться и на тотъ случай, когда устранена всякая возможность базировать эти законы на соціальныхъ категоріяхъ.

Докладчикъ соглашается съ С. Н. Булгаковымъ, что теорія равновѣсія мѣры удовлетворенія потребностей съ мѣрою тягостности труда является трюизмомъ. Но такимъ же трюизмомъ является и основное понятіе выгодности, на которомъ зиждется вся теоретическая система экономіи.

Разница только въ томъ, что обычная экономія при опредѣленіи выгодности хозяйственной операціи въ условіяхъ капиталистическаго хозяйства сопоставляла величины, приведенныя къ одному знаменателю, т.-е. выраженныхъ въ одинаковыхъ единицахъ цѣнности.

Въ томъ пониманіи выгодности, которое даетъ излагаемая теорія для трудового хозяйства при опредѣленіи выгодности, сопоставляются величины разнаго порядка: единицы цѣнности и единицы труда, которыя не могутъ быть приведены къ одному знаменателю.

Такимъ образомъ само пониманіе выгодности въ капиталистическомъ и въ трудовомъ хозяйствѣ различно.

И если классическая экономическая теорія построена на первомъ трюизмѣ, то, примѣняя ее къ трудовому хозяйству, нужно перестроить на базѣ второго трюизма, какъ болѣе соотвѣтствующаго самой природѣ трудового хозяйства.

Въ заключеніе докладчикъ указываетъ, что онъ вовсе не игнорируетъ эволюціоннаго метода изученія трудового хозяйства, послѣдній просто лежитъ внѣ сферы изслѣдованія.

Докладчикъ указываетъ, что за три года статистическаго анализа матеріаловъ, собранныхъ въ трудовыхъ хозяйствахъ, онъ установилъ рядъ эмпирическихъ зависимостей, которыя казались совершенно непонятными съ точки зрѣнія обычнаго пониманія выгодности.

Желая раціонализировать эти зависимости, докладчикъ прибѣгнулъ къ ихъ разсмотрѣнію съ точки зрѣнія положенія Госсена-Джевонса, котораго оказалось достаточнымъ, чтобы связать въ стройную систему наблюденныя зависимости.

Такимъ образомъ произошла простая перемѣна трюизмовъ и на мѣсто стараго трюизма, на которомъ покоилась вся система экономическихъ представленій, поставленъ новый трюизмъ.

Въ заключеніе преній предсѣдатель предложилъ засѣданію выразить благодарность докладчику, что и было единогласно принято.

Предсѣдатель *С. Булгаковъ*.
Секретарь *Н. Пѣтуховъ*.

Протоколы Засѣданій 31 января (докладъ Л. Б. Кафенгаузъ) и 7 февраля (докладъ Е. П. Тарасовой) будутъ помѣщены въ ближайшей книгѣ «Юридическаго Вѣстника».

Digitized by Google

3-й годъ изданія

Открыта подписка на 1915 годъ

3-й годъ изданія

на

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,

ЖУРНАЛЪ, ОСНОВАННЫЙ МОСКОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОБЩЕСТВОМЪ

и издаваемый при содѣйствіи

ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ,

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ **Б. А. КИСТЯКОВСКАГО.**

Ближайшее участіе въ редакціи принимаютъ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Жлановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

Юридическій Вѣстникъ выходитъ четыре раза въ годъ: въ февралѣ, апрѣлѣ, октябрѣ и декабрѣ — книгами размѣромъ отъ 12 до 15 печатныхъ листовъ.

Оставшіеся въ небольшомъ количествѣ комплекты «Юридическаго Вѣстника» за 1913 годъ продаются по 8 рублей. Для лицъ, подписавшихся на 1914 или 15 гг., цѣна остается прежняя — 6 рублей.

Подписная цѣна на 1915 годъ — **6** рублей, на полгода — **3** рубля съ пересылкою и доставкою. Цѣна каждой книги въ отдѣльной продажѣ 2 рубля. Подписка принимается въ редакціи журнала **Юридическій Вѣстникъ** въ Москвѣ, Пречистенка, Б. Левшинскій пер., д. № 13, кв. 8. По дѣламъ конторы обращаться по буднимъ днямъ отъ 12 до 3 ч. дня, по телеф. 3-44-48. Въ Кіевѣ подписка принимается въ книжномъ магазинѣ Н. Я. Оглоблина, Крещатикъ, д. № 33.

Издатель: Проф. *А. С. Алексѣевъ.* Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Цѣна 4 руб.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google